

Ano 10 vol 2



# Revista Eletrônica

**A Revista da Comunidade Jurídica da Subseção de Joinville  
Gestão 2022-2024**

ISSN 2178-8693  
[revista.oabjoinville.org.br](http://revista.oabjoinville.org.br)

Revista Eletrônica da OAB Joinville | Ano 10, vol. 2. 2024



# REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693

## CONSELHO EDITORIAL

Me. Adriano Selhorst Barbosa  
Ma. Ana Catarina de Alencar  
Ma. Bárbara Madalena Heck da Rosa  
Me. Denis Fernando Radun  
Me. Indalécio Robson Rocha  
Ma. Maria de Lourdes Bello Zimath  
Ma. Tamara Cristiane Geiser  
Me. Thiago Vargas  
Dra. Ana Carolina Lopes Olsen  
Dr. Cláudio Melquiades Medeiros  
Dr. Daniel Rocha Chaves  
Dra. Helena Schiessl Cardoso  
Dr. Itamar Luís Gelain  
Dra. Janaína Silveira Soares Madeira  
Dr. Jeison Giovani Heiler  
Me. Jonathan Maicon Francisco  
Dr. Maikon Cristiano Glasenapp  
Dra. Patrícia de Oliveira Areas  
Dr. Rodrigo Meyer Bornholdt  
Dra. Rosânia Campos  
Ma. Sibila Stahlke Prado

## CONSELHO DE PARECERISTAS

Esp. Carlos Henrique Ribas Pereira  
Esp. Marina Du Bois

## SECRETÁRIO

Me. Indalécio Robson Rocha

## EDITORA EXECUTIVA

Esp. Marina Du Bois

## EDITORA CHEFE

Esp. Marina Du Bois

[revista.oabjoinville.org.br](http://revista.oabjoinville.org.br)



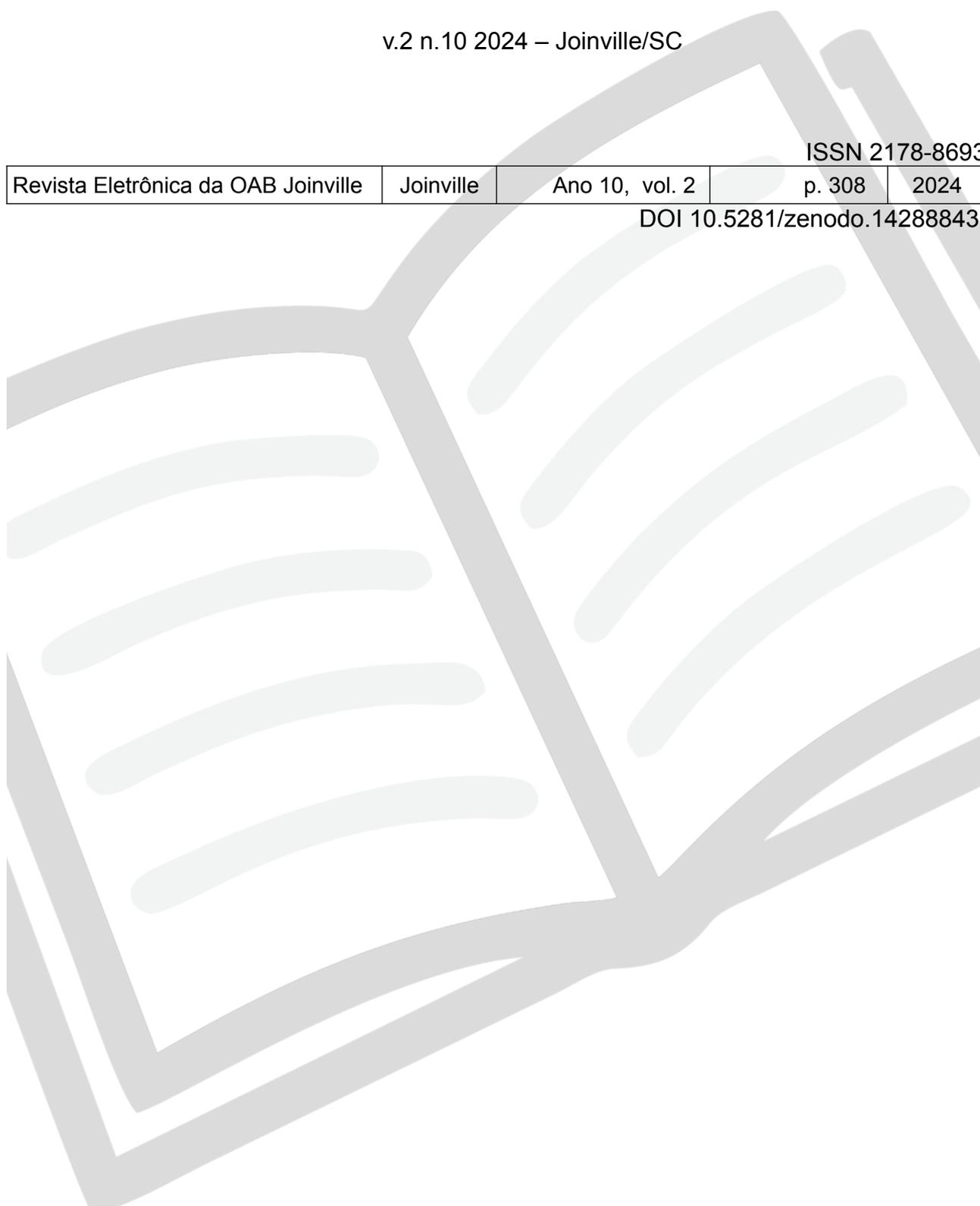
# REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.2 n.10 2024 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	Ano 10, vol. 2	p. 308	2024
-------------------------------------	-----------	----------------	--------	------

DOI 10.5281/zenodo.14288843





## REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

*Diretoria OAB Joinville (2022/2024)*

Óliver Jander Costa Pereira - Presidente

Janaína Silveira Soares Madeira - Vice-presidente

Guilherme Aquino Reusing Pereira - Secretário-geral

Rafael Luiz Siewert - Secretário-geral adjunto

Kathleen Zago Appi Lótici - Tesoureira

*Coordenação da Revista Eletrônica OAB Joinville – Editora Chefe*

Marina Du Bois

*Editora Executiva*

Marina Du Bois

*Secretário*

Indalécio Robson Rocha

*Desenvolvimento Web*

Cristian Feldes

*Contato*

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguauçú

89221-050 - Joinville/SC - Brasil

revista@oabjoinville.org.br

Revista Eletrônica da OAB Joinville [recurso eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville. - v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010)-. - Joinville: OAB Joinville, 2010-

Intermitente até 2011.

Interrompida em 2012.

Periodicidade semestral a partir de 2019.

Versão online disponível em: <https://revista.oabjoinville.org.br/>

Numeração alterada: ano 10, n.2, 2024

ISSN 2178-8693

DOI 10.5281/zenodo.14288843

1. Direito – Periódicos. 2. Advocacia – Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

CDDir 340.05



## SUMÁRIO

### EDITORIAL

Marina Du Bois..... 7

### ARTIGOS

**A CONSTITUINTE ENTRE O PRINCÍPIO E O FIM: UM ESTUDO SOBRE A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CARTA MAGNA DE 1988**

João Vitor Balbino..... 8

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NO QUE TANGE À APOSENTADORIA ESPECIAL**

Camila Martins..... 24

**A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA FORMAÇÃO DAS POLÍCIAS NA SELETIVIDADE PENAL**

Diany Boing..... 42

**A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELA MÍDIA NA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE SOBRE O CASO DA BOATE KISS**

Indianara Laurentino, Izabella Paggi Dresch e Itamar Luis Gelain..... 54

**A LINHA TÊNUE PARA CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL**

Leonardo Alves da Cruz e Janaina Silveira Soares Madeira..... 74

**A NECROPOLÍTICA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA SOB A ÓTICA DO NECROPODER**

Alhandra Cristina Moraes Antunes Tepedino, Henrique Murtinho de Borba e Luciene Dal Ri..... 90

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

Bruna Duarte, Nathália Klock e Itamar Luís Gelain..... 111

**COMPLIANCE COMO FORMA DE EFETIVAR OS PRINCÍPIOS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS EM ÓRGÃOS MUNICIPAIS**

Jennifer Nardes e Helena Liebl..... 130

**DIREITO DA MODA NA ERA DA MODERNIDADE LÍQUIDA: UM ESTUDO DAS IMPLICAÇÕES DO PLÁGIO E DA FALSIFICAÇÃO NA INDÚSTRIA DA MODA**

Letícia Karoline de Oliveira e Luiza Loraine Gonçalves Delfino..... 143

**EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SOB A ÉGIDE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Allison Flavio Martins Izidoro e Mário César Felippi Filho..... 161

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÕES COLETIVAS: CRÍTICAS AO RESP 1.974.436-RJ E AO RESP 1.986.814-PR**

Felipe Cidral Sestrem..... 185

**O EXAME CRIMINOLÓGICO ESTÁ DE VOLTA, A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NUNCA FOI EMBORA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI 14.843/24**

Ícaro Machado Pereira Pedroso..... 193

**O MOVIMENTO DE VIDA INDEPENDENTE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO BRASIL E PORTUGAL**

Kariani Monteiro Dias, Lethícia Gabriella Rech Bonissoni e Flávia Balduino Brazzale..... 213



**OS CONFLITOS NORMATIVOS EM RAZÃO DA SOBREPOSIÇÃO TERRITORIAL DE ÁREAS PROTEGIDAS E DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE NO CONTEXTO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

Erika Léa Chamrek e Renata Egert..... 242

**O USO DA OPERAÇÃO DE *DROP DOWN* COMO FORMA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DE EMPRESAS BRASILEIRAS**

Thais Xister Ricken e Beatriz Regina Branco..... 259

**OS EFEITOS DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS E O DESENVOLVIMENTO DO PEQUENO PRODUTOR RURAL**

Julia Cristina Goudard, Vinícios Leonardo Tavares e Jeison Giovani Heiler..... 275

**MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E EXECUÇÃO PENAL: OS LIMITES DISCIPLINARES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Cinara Sacht Fernandes Dias e Leandro Gornicki Nunes..... 293



## EDITORIAL

**Caros leitores,**

Segundo Caetano Galindo, em sua obra *Latim em Pó*, que segue, de certa forma, a trajetória de Luzia, nascida no Brasil,

A língua portuguesa que Luzia vai herdar é resultado de uma trajetória improvável e única. Resulta do processamento de uma herança europeia por milhões de pretos, pardos, amarelos, indígenas, pobres, desprovidos e desconsiderados, que sempre constituíram a imensa maioria da população das fazendas, vilas e cidades; da presença central de mães que transmitiram sua versão dessa língua a seus filhos (...). Daqui a alguns anos [Luzia] será usuária desta mesma língua em que estamos conversando aqui, esta língua que passou por poucas e boas para chegar onde está e para ser como é. Tão nossa e tão antiga; tão noa e de origens tão distantes.

Ao escrever um artigo jurídico, usa-se a língua portuguesa, este nosso *latim em pó* para analisar situações apresentadas pelo nosso sistema jurídico, com interpretação sistêmica da legislação e da jurisprudência pátrias.

Ao dominarem este *latim em pó*, os Autores desta edição foram capazes de questionar a instrumentalização dos direitos fundamentais, a constitucionalidade da reforma tributária, a influência da mídia, o sistema carcerário, as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, a execução da pena no tribunal do júri, o exame criminológico, a monitoração eletrônica na execução penal, o vínculo empregatício, o *compliance* como instrumento da administração pública, os direitos à propriedade intelectual na moda, os conflitos normativos por sobreposição de áreas protegidas, a reorganização societária e as políticas para desenvolvimento do pequeno produtor rural, passando pela comparação da possibilidade de vida independente da pessoa com deficiência no Brasil em em Portugal.

Os Autores usaram a língua portuguesa, principal ferramenta do operador do Direito para expressarem seus questionamentos e indignações, o que faz a leitura desta edição ser enriquecedora.

Boa leitura!

**Marina Du Bois**

Coordenadora da Revista Eletrônica da OAB da Subseção de Joinville/SC



## A CONSTITUINTE ENTRE O PRINCÍPIO E O FIM: UM ESTUDO SOBRE A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CARTA MAGNA DE 1988

João Vitor Balbino<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo aprofundar a análise do caráter principiológico dos direitos fundamentais presentes na Constituição Brasileira de 1988, a partir de sua materialidade histórica. Para compreendermos plenamente o contexto histórico, é crucial destacar que a promulgação da Constituição ocorreu em um momento marcado por significativas aspirações de reformas sociais, iniciadas durante a presidência de João Goulart, as quais foram interrompidas abruptamente pela ruptura democrática com a ditadura de 1964. Nesse cenário, surge a hipótese de que, apesar do avanço evidente na garantia de direitos na Constituição de 1988, a concretização desses princípios foi propositadamente limitada, devido à influências políticas que podem ser verificadas historicamente, que encontram amparo na legalidade sob forma do neoconstitucionalismo. Diante disso, o estudo propõe uma reflexão a partir do materialismo histórico-dialético, calcada na historicidade brasileira sobre o papel dos princípios e, concomitantemente, sobre a necessidade de questionar a abordagem do neoconstitucionalismo. O objetivo final desta pesquisa é analisar a situação atual dos direitos fundamentais no Brasil e reavaliar sua relevância, considerando o contexto político e social que envolve sua implementação. Acredita-se que uma compreensão mais aprofundada dessa dinâmica é elementar para direcionar sua própria superação.

**Palavras-chave:** constituição brasileira de 1988, direitos fundamentais, neoconstitucionalismo, teoria dos princípios, reformas sociais.

**Abstract:** This article aims to deepen the analysis of the principled nature of the fundamental rights present in the Brazilian Constitution of 1988, based on their historical materiality. To fully understand the historical context, it is crucial to highlight that the promulgation of the Constitution occurred at a time marked by significant aspirations for social reforms, initiated during João Goulart's presidency, which were abruptly interrupted by the democratic rupture with the 1964 dictatorship. In this scenario, the hypothesis arises that, despite the evident progress in guaranteeing rights in the 1988 Constitution, the implementation of these principles was purposely limited, due to political influences that can be verified historically, which find support in legality in the form of neoconstitutionalism. In view of this, the study proposes a reflection based on historical-dialectical materialism, based on Brazilian historicity on the role of principles and, concomitantly, on the need to question the approach of neoconstitutionalism. The final objective of this research is to analyze the current situation of fundamental rights in Brazil and reassess their relevance, considering the political and social context that surrounds their implementation. It is believed that a deeper understanding of this dynamic is essential to direct your own overcoming.

**Keywords:** Brazilian constitution of 1988, fundamental rights, neoconstitutionalism, theory of principles, social reforms.

### INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 representou um marco histórico para o país ao consolidar os princípios fundamentais que visavam assegurar direitos básicos, e superar a sombria lógica da ditadura que a antecedeu. Contudo, mesmo com a promulgação da carta magna, percebe-se que a efetivação desses princípios e a realização das promessas

---

1. Formado em Direito pela Católica de Santa Catarina, Pós-graduando em Direito Bancário e Mercado Financeiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e em Direito Ambiental e Agrário pelo Programa de Educação Continuada em Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná (PECCA-UFPR), membro da linha de pesquisa da Auditoria Cidadã da Dívida (ACD), Teorias da Justiça e Direito e Literatura vinculado ao Grupo de Pesquisa Direito Estado e Globalização, da Escola de Direito da Católica SC e Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica da Universidade de São Paulo (USP - Largo São Francisco). E-mail: joavitorbalbinosig@gmail.com; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6251217921794428>



constitucionais encontram-se limitadas em meio a um cenário marcado pela instrumentalização da lei e o neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, com o objetivo de investigar a complexidade das relações entre a Constituição, os direitos fundamentais e a efetividade das normas no âmbito da sociedade brasileira, a presente pesquisa tem como propósito analisar de forma crítica a abordagem dos direitos fundamentais como princípios na Constituição Brasileira de 1988, amplamente conhecida como constituição cidadã.

À vista disso, considerando o contexto de redemocratização, após um período de repressão política e violações dos direitos humanos, no qual os princípios fundamentais ganharam destaque, prometendo ser a base para uma sociedade mais justa e igualitária. Entretanto, verifica-se que a relação entre a garantia dos direitos fundamentais e as reformas sociais essenciais, que já haviam sido alvo de discussões e projetos anteriormente, tornou-se alvo de novos questionamentos. No entanto, a instrumentalização da lei, a qual foi acentuada sob o espectro do neoconstitucionalismo, suscitou debates sobre a verdadeira concretização desses princípios na sociedade brasileira. Haja vista que a era que precedeu a ditadura militar de 1964, marcada pelas aspirações de mudanças sociais sob a liderança do então presidente João Goulart, delineou um panorama de expectativas que, em muitos aspectos, demonstram-se mais avançados em comparação à própria Constituição de 1988. Assim, emerge a hipótese de que, apesar do avanço na garantia de direitos na Constituição de 1988, a concretização efetiva desses princípios pode ter sido limitada intencionalmente, levantando questões sobre as reais intenções por trás dessa limitação.

Neste contexto, é essencial compreender o papel dos princípios na estrutura legal e política do país, bem como questionar o impacto do neoconstitucionalismo, do estabelecimento dos princípios fundamentais e da técnica de ponderação como abordagem dominante.

Diante disso, mais do que uma análise meramente acadêmica, esta pesquisa tem como objetivo destacar a importância de repensar os princípios fundamentais e, possivelmente, reavaliar o paradigma do neoconstitucionalismo para promover mudanças efetivas e confrontar as profundas desigualdades históricas que persistem no Brasil. Assim, o presente estudo busca aprofundar essa reflexão, examinando como a instrumentalização da lei, especialmente no contexto do neoconstitucionalismo, tem afetado a implementação de reformas sociais e a concretização dos princípios constitucionais. Para tanto, utiliza-se do método materialista histórico-dialético a partir de levantamento bibliográfico, diante das limitações e obstáculos enfrentados no caminho para a promoção da igualdade social e justiça no Brasil. Nesse sentido, a pesquisa almeja contribuir para o debate acadêmico e fomentar reflexões em busca de um sistema jurídico mais efetivo, capaz de viabilizar mudanças positivas na sociedade brasileira, superando os desafios impostos pela instrumentalização da lei e promovendo o efetivo alcance dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988.

## **1. O DIREITO BRASILEIRO À LUZ DE SUA MATERIALIDADE HISTÓRICA**

A análise do direito brasileiro, sob a perspectiva de sua materialidade histórica, revela uma interessante dicotomia que se perpetua ao longo do tempo. O contexto econômico do Brasil, caracterizado pela coexistência de elementos modernos e pré-modernos, têm deixado suas marcas na estrutura jurídica do país. Essa dualidade se manifesta de maneira particularmente notável em aspectos como o coronelismo e a



burocracia, que têm raízes profundas na história social e política brasileira. Segundo Mascaro, a soberania estatal brasileira, resultante dessas condições materiais periféricas, muitas vezes parece ser meramente formal, refletindo as complexas relações de poder que permeiam a sociedade.

Ao examinarmos o que deveria ser um direito privado horizontal, percebemos que, na prática, se manifesta como reflexo do direito público. A subordinação dos indivíduos em uma relação vertical com grandes proprietários de terras se sobressai, em vez de promover relações horizontais entre iguais em direito. Mascaro descreve esse processo como a construção de um direito baseado em "redes de proteção e compadrio, de amizades e inimizades", uma dinâmica que reflete a realidade socioeconômica do país (Mascaro, 2008).

O que pode ser abordado em outras palavras por "manutenção da segurança jurídica" de uma realidade de injustiças históricas que engendraram uma profunda desigualdade econômica. Isso sugere que o direito no Brasil frequentemente reflete não apenas princípios abstratos, mas também as relações de poder e interesses econômicos que permeiam a sociedade. A coexistência de elementos modernos e pré-modernos, mencionada por Mascaro, torna evidente a complexidade das influências que moldaram a evolução do direito brasileiro. A ausência de uma sociedade de leis, como destacado por Mascaro, aponta para a contínua interligação entre legalidade e vontade política. No contexto brasileiro, as leis não apenas regulamentam relações individuais, mas também garantem a subordinação dos particulares ao Estado e estabelecem relações de subordinação econômica entre diferentes grupos sociais. Nesse contexto, a legalidade, em grande medida, é instrumentalizada para atender aos interesses da burguesia, especialmente em um contexto de dependência do capital internacional (Mascaro, 2008).

Mascaro argumenta que o capitalismo periférico e dependente no Brasil impossibilita a existência de uma instância jurídica neutra e técnica como no caso do capitalismo central. A legalidade não se legitima pela neutralidade, mas sim pela operacionalidade política em favor da maximização dos interesses burgueses. Isso cria uma dinâmica em que a legalidade flutua na esfera de circulação alta, regulando as relações econômicas nacionais, enquanto na esfera baixa, prevalecem "liames tradicionalistas de interligação social" controlados por relações estatais legais de opressão e superexploração da mais-valia (Mascaro, 2008, p. 94).

Nesse sentido, sintetiza o autor, que a legalidade é a "própria afirmação da efetivação social de poderes e hierarquias" (Mascaro, 2008, p. 101). De modo que "os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal ou na efetividade social ignoram mesmo a legalidade, no caso da universalidade desta." (Mascaro, 2008, p. 100). Marilena Chauí observa que a sociedade brasileira representa um cenário no qual as leis muitas vezes são usadas como instrumentos de preservação de privilégios, repressão e opressão. Assim, a dicotomia entre a teoria jurídica e a realidade social no Brasil evidencia a insuficiência de um direito formal, desvinculado das relações de poder. A dualidade econômica, nesse sentido, revela a natureza instrumental do direito, que, ao invés de promover a justiça social, muitas vezes serve como mecanismo de controle e dominação.

Desse modo, as leis possuíram, historicamente, um caráter de preservar privilégios sob a função coercitiva exercida pelo Estado (Chauí, 2013). Nessa toada, Kelsen já definiu o Direito como uma ordem coercitiva, ou seja, como uma ordem social que busca determinar aos indivíduos a conduta desejada através de medidas coercitivas. Nas palavras do autor:



Ao definir Direito como ordem coercitiva, isto é, como uma ordem que prescreve atos coercitivos como sanções, a Teoria Pura do Direito simplesmente aceita o significado que o termo “Direito” assumiu na história da humanidade. Ao definir o Direito como uma ordem coercitiva, a Teoria Pura do Direito concebe o Direito como uma técnica social específica. Essa técnica é caracterizada pelo fato de que a ordem social designada como “Direito” tenta ocasionar certa conduta dos homens, considerada pelo legislador como desejável, provendo atos coercitivos como sanções no caso de conduta oposita. (Kelsen, 2001, p.286)

Nesse sentido, a complexa interação entre as diferentes forças da sociedade brasileira revela que a superação das contradições existentes não se dará de forma espontânea. Os indivíduos marginalizados pelo sistema não podem ilusoriamente acreditar que uma reestruturação econômica para um padrão menos desigual seja uma mera operação de política econômica. Neste estágio, ambas as partes envolvidas têm suas próprias perspectivas enraizadas, impossibilitando que qualquer uma delas renuncie aos seus princípios: a burguesia não pode ser instada a abdicar da perspectiva da acumulação, que é inerente a ela, e as classes trabalhadoras não podem ser exigidas a incorporar uma perspectiva que lhes é alheia. Essa conjuntura inevitavelmente coloca as contradições da infraestrutura em uma posição de influência central na vida política do país.

A luta por acesso equitativo aos ganhos da produtividade por parte das classes menos privilegiadas transforma-se, por necessidade, em contestação ao regime estabelecido, enquanto a luta pela manutenção da perspectiva da acumulação torna-se, igualmente, uma manifestação de repressão. Neste contexto, a dinâmica das forças envolvidas revela-se central para a compreensão das mudanças políticas que ocorrem no Brasil.

A esse respeito o sociólogo brasileiro Francisco de Oliveira argumenta que a resolução dos problemas existentes na sociedade não acontece naturalmente, e as pessoas excluídas do sistema não podem esperar que a transformação da economia brasileira para algo menos desigual seja apenas uma decisão de política econômica.

Atualmente, tanto a classe empresarial quanto os trabalhadores não podem abrir mão de suas próprias perspectivas. A burguesia não pode abandonar a busca por acumulação de riqueza, que é fundamental para ela, e os trabalhadores não podem adotar essa perspectiva, que é estranha a eles. Essa situação leva inevitavelmente as contradições na base econômica a terem um papel crucial na vida política do país. “A luta das classes menos privilegiadas por uma parcela justa dos ganhos da produtividade se transforma em contestação ao sistema, enquanto a luta pela manutenção da perspectiva de acumulação se transforma em repressão.” (Oliveira, 2003, p. 80).

Finalmente, deve-se apontar que a análise dessa influência econômica na formação do direito é fundamental para compreendermos as complexidades da sociedade brasileira e as desigualdades históricas que perduram até a contemporaneidade. Nesse ínterim, a história brasileira aponta para um horizonte no qual reformas foram pretendidas mas abruptamente impedidas de serem realizadas. A esse respeito será desenvolvido adiante.

## **2. AS REFORMAS DE BASE DE 1961 E A RUPTURA DEMOCRÁTICA DE 1964**

O período entre 1961 e 1964 é caracterizado por uma crise profunda, com raízes em conflitos políticos e econômicos. O final do governo de Juscelino Kubitschek foi



mercado por um aumento significativo na taxa de inflação. Jânio Quadros iniciou seu mandato com uma abordagem ortodoxa para contê-la, mas, posteriormente, alterou sua estratégia para um plano de desenvolvimento, colhendo resultados políticos mais favoráveis durante sua presidência. No entanto, renunciou após apenas sete meses, deixando Goulart para assumir o cargo em meio a uma situação econômica desfavorável. No entanto, o programa das Reformas de Base já estava integrado à plataforma do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) durante o mandato presidencial de João Goulart. Essas reformas, ligadas às demandas das classes populares urbanas, representavam uma expressão política, que permeou a vida de João Goulart, fortemente influenciada por seu período no Ministério do Trabalho durante o segundo governo Vargas, na qual se encontrava alinhado a uma tradição de caráter trabalhista, reformista e nacionalista, que ansiava por atingir um patamar de desenvolvimento capaz de concretizar a tão almejada "emancipação econômica" do país.

Esse enquadramento pode ser identificado em um documento mencionado por Moniz Bandeira: uma carta de 1959, dirigida ao senador Benedito Valadares, na época presidente do PSD (Partido Social Democrático), na qual João Goulart expressa sua preocupação com a gradual deterioração da economia brasileira sob a dependência de interesses internacionais, sujeita à pressão direta de corporações estrangeiras ou instituições sob o controle delas, como o FMI e agências oficiais de crédito. Além disso, alertava para o fato de que grandes interesses, frequentemente, entram em conflito com os superiores interesses do povo, buscando, inclusive, assumir o controle da maquinaria administrativa do Estado para conduzir sua direção econômica (Moniz Bandeira, 2001).

Após assumir o cargo, Goulart se dedicou à defesa de reformas estruturais que propiciassem o avanço da indústria nacional, simultaneamente à reestruturação da produção agrária, buscando também uma integração mais ampla da população, tanto urbana quanto rural, no mercado interno. Além disso, a lei que limitava a remessa de lucros para o exterior, aprovada no final de 1961 e promulgada em 1962, recebeu apoio incisivo do governo Goulart, se enquadrando na política voltada para o desenvolvimento nacional, um objetivo que o presidente Goulart definia como a "missão de sua geração". Essa lei não apenas refletia a preocupação com a proteção dos recursos econômicos nacionais, mas também se alinhava ao desejo de alcançar a tão almejada "emancipação econômica", uma aspiração fundamental durante seu mandato (Goulart, 1962).

Esse ambicioso projeto reformista, conhecido como "Reformas de Base", tinha como propósito primordial a conciliação entre o crescimento econômico e o progresso social, buscando a erradicação da miséria e almejando a independência frente aos interesses externos. As proposições em consideração abarcavam as seguintes diretrizes: 1) Reestruturação eleitoral, objetivando a amplificação da franquia do sufrágio aos analfabetos e a extensão da elegibilidade aos sargentos; 2) Revitalização tributária, com o desiderato de mobilizar a receita nacional como um instrumento de fomento, mediante o incremento da coleta estatal através de uma maior onerosidade sobre os tributos de natureza direta, ao passo que se abrandava a carga tributária incidente sobre mercadorias e serviços, mediante a instauração de dispositivos voltados a coibir a elisão fiscal; 3) Reconfiguração bancária, com a finalidade de efetivar um controle mais escrupuloso sobre a inflação e catalisar o progresso pátrio, por meio da democratização e seletividade do crédito, subjugando a teia bancária privada a um aparato oficial creditório, personificado pelo Banco Central; 4) Metamorfose cambial, que instituiria a exclusividade cambial a fim de resguardar a moeda nacional e acautelar o erário monetário, neutralizando a importação de artigos supérfluos e dirigindo as moedas sólidas para a



aquisição de itens prementes à expansão e emancipação econômica do país; 5) Renovação administrativa, que ambicionaria simplificar e sistematizar a arquitetura estatal, provendo meios e especialistas hábeis para concretizar planos de desenvolvimento; 6) Refratamento universitário, tendo em vista democratizar o ensino superior, forjando profissionais habilitados a suprir as exigências da indústria em ascensão e da produção de conhecimento científico nativo; 7) Revolução urbana, uma empresa destinada a dirimir a crise habitacional nas áreas citadinas; 8) Reestruturação agrária, uma das reformas de maior proeminência durante o governo de João Goulart e que, se efetivada, impactaria profundamente a tessitura econômica da nação, ao reformular o perfil proprietário das terras (Vasconcelos Silva, 2019)

O final do governo de João Goulart, em 1964, marcou um momento crucial na história política do Brasil, culminando na instauração de um regime militar. As "Reformas de Base," provocaram resistência das elites conservadoras, de setores empresariais e das Forças Armadas. Que movimentaram ideologicamente as massas populares, como ressaltou Marilena Chauí:

Antes de mais nada, lembremos que a derrubada do governo de Jango Goulart é preparada nas ruas com o movimento "Tradição, família e propriedade" para significar que as esquerdas são responsáveis pela desagregação da nacionalidade cujos valores - a tradição, a família e a propriedade privada - devem ser defendidos a ferro e fogo. (Chauí, 2000, p. 41)

Além disso, o contexto internacional influenciou a situação política do Brasil. Durante a Guerra Fria, havia uma forte polarização entre Estados Unidos e União Soviética, e o Brasil não ficou imune a essa disputa ideológica. Setores conservadores e militares brasileiros viam com preocupação qualquer movimento que considerassem favorável à perda de seus privilégios ou à influência de forças que ameaçassem o status quo. O ápice desse conflito ocorreu em 1964, quando o presidente Goulart enfrentou uma série de manifestações e protestos. Os Estados Unidos, como é de costume, apoiaram a destruição da democracia no Brasil em prol de seu imperialismo global.

Nesse contexto, tramava-se sob os auspícios do embaixador norte-americano no Brasil, Lincoln Gordon, tal empreendimento. O desígnio teve seu nascedouro no seio do Plano de Contingência nº2-61, uma estratégia de envergadura que se alinhava à deposição de Goulart. Posteriormente, esse desdobramento logrou em uma vigorosa força-tarefa naval, conhecida pelo epíteto de "Brother Sam". Entre os documentos que constituem a Biblioteca Lyndon Baines Johnson, há comunicados "que registram a operação militar, que no dia 31 de março de 1964 foi acionada para marcar a presença dos Estados Unidos no litoral brasileiro durante os dias em que o Governo Goulart caia". (Côrrea, 1977, p.15)

Nessa esteira, a operação "Brother Sam" constitui um capítulo significativo e controverso na história das relações entre os Estados Unidos e o Brasil, envolvendo a intervenção direta da Marinha e da Força Aérea dos Estados Unidos em apoio ao golpe de Estado que depôs o presidente democraticamente eleito do Brasil, João Goulart, e estabeleceu um regime militar que duraria mais de duas décadas.

Nesse contexto, as Forças Armadas, lideradas pelo General Humberto de Alencar Castelo Branco, promoveram o golpe militar de 1964 que resultou na destituição de Goulart e na instauração de um regime autoritário. O novo governo suspendeu as liberdades democráticas, restringiu a atuação dos partidos políticos, perseguiu dissidentes e implantou uma série de medidas que restringiram as garantias individuais. Esse período



foi marcado por censura, tortura e desaparecimentos de opositores ao regime, em síntese, como destaca Chauí:

A ditadura, desde o golpe de Estado de 1964, deu a si mesma três tarefas: a integração nacional (a consolidação da nação contra sua fragmentação e dispersão em interesses regionais), a segurança nacional (contra o inimigo interno e externo, isto é, a ação repressiva do Estado na luta de classes) e desenvolvimento nacional (nos moldes das nações democráticas ocidentais cristãs, isto é, capitalistas). (Chauí, p.41)

Durante esse período, os direitos civis e políticos foram restringidos, a censura foi amplamente aplicada, opositores políticos foram perseguidos, torturados e muitos foram obrigados ao exílio. A economia foi marcada por políticas de desenvolvimento e industrialização, mas também por medidas de concentração de poder econômico, que permitem afirmar, como fez Florestan Fernandes que: “se já houve, alguma vez, um ‘paraíso burguês’, este existe no Brasil, pelo menos depois de 1968” (Fernandes, 1987, p. 359)

João Goulart exilou-se no Uruguai e, posteriormente, na Argentina, onde faleceu em 6 de dezembro de 1976, aos 57 anos. Sua morte, um ataque cardíaco, foi considerada natural até que suspeitas de envenenamento culminaram com a exumação de seu corpo, em 2013. O laudo da perícia foi divulgado pela Polícia Federal no dia 01 de dezembro de 2014, o resultado foi inconclusivo, por conta do avançado estado de decomposição. O regime militar se manteve até meados da década de 1980, quando a ditadura já não era capaz de manter-se. Fato esse, agravado por um episódio específico: O atentado do Riocentro. O episódio da bomba no Riocentro refere-se a um evento marcante ocorrido em 30 de abril de 1981, no Riocentro, um centro de convenções localizado no Rio de Janeiro. O envolveu uma tentativa de atentado à bomba planejada por setores do próprio regime militar.

Durante uma comemoração pelo Dia do Trabalhador, militares planejaram a explosão de uma bomba no Riocentro, com o objetivo de culpar grupos de esquerda e justificar uma repressão mais intensa, legitimando-se por meio do inimigo - criado artificialmente - para viabilizar a manutenção do regime. No entanto, a bomba explodiu prematuramente dentro do carro onde estava sendo preparada, resultando na morte de um dos militares envolvidos e ferimentos graves em outro. O atentado fracassado foi amplamente noticiado, gerando suspeitas e críticas. A narrativa oficial do governo militar tentou encobrir o ocorrido, alegando que a bomba era destinada a um show de música, mas evidências e depoimentos subsequentes sugeriram o envolvimento de militares em atividades ilegais. Esse episódio contribuiu para a exposição das práticas repressivas e violentas do regime militar, aumentando a pressão por abertura política e redemocratização no Brasil. O atentado do Riocentro se tornou um símbolo dos excessos do período autoritário e um marco que ajudou a catalisar o fim do regime militar, que finalmente cederia espaço à redemocratização do país nos anos subsequentes.

Diante disso, as crescentes pressões sociais e políticas levaram a um processo de abertura política que possibilitaram o processo de redemocratização do país, com a realização de eleições diretas para a presidência em 1989 e à promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu os princípios democráticos e os direitos fundamentais no Brasil. A esse respeito será desenvolvido adiante.



### 3. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO BRASIL

Após sua promulgação, a Constituição de 1988 foi recebida com entusiasmo e esperança por grande parte da população brasileira. No entanto, ao longo dos anos, surgiram desafios na efetivação dos princípios e direitos consagrados no texto constitucional, o que gerou debates sobre a necessidade de sua revisão e adequação à realidade contemporânea. Nesse contexto, surgiram todos os tipos de apologia e algumas raras críticas ao neoconstitucionalismo, se é que assim pode ser chamado. Lênio Streck, ao constatar a sua inexorável filiação às posturas voluntaristas, considerou colocar o termo entre aspas, entendendo o neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra, longe de ativismos e práticas discricionárias e finalmente, passando a chamar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo<sup>2</sup>. Nesse sentido, há um elemento comum que perpassa essas várias interpretações “neoconstitucionalistas”, que é o recurso à técnica da ponderação (Streck, 2014).

Esse elemento comum que perpassa essas várias interpretações é fundamental para compreender a não realização dos anseios constitucionais. A distinção jurídica entre regras e princípios e a utilização de princípios sem estruturação de regras específicas para materialização da lei é um ponto crucial no que tange essa questão. A distinção reside em sua estrutura normativa e na forma como são aplicados. As regras, mais específicas e detalhadas, estabelecem condições e suas consequências jurídicas, direcionando de maneira mais precisa ações em situações particulares. Em contrapartida, os princípios são formulados de maneira mais ampla e geral, carecendo de uma aplicação direta e imediata. Eles encapsulam valores, propósitos e metas sociais, servindo como diretrizes ponderadas e contextualizadas em casos concretos, de modo que, afirma Robert Alexy: “a positivação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” (Alexy, 1997, p. 25).

A natureza dos princípios é intrínseca à integração normativa, uma vez que eles são utilizados para complementar e fundamentar a aplicação das regras, assim como para resolver possíveis conflitos entre elas. Alexy pretendia que a teoria dos princípios oferecesse “um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral” (Alexy, 1997, p.15).

À esse respeito, Lênio Streck observa que o neoconstitucionalismo, conforme compreendido no contexto brasileiro, é muitas vezes visto como uma evolução em relação ao antigo juspositivismo exegético. O ponto crítico que deve ser observado, afirma Streck, é a suposta capacidade do neoconstitucionalismo de superar efetivamente as limitações do positivismo e seus impactos negativos (mais especificamente, da técnica da ponderação) na democracia (Streck, 2014).

Tal recurso, inserido na constituinte a partir do atributo de princípios fundamentais, distancia a mesma ainda mais de sua real responsabilidade histórica. Dessa forma, se o positivismo kelseniano já foi acusado de distanciar-se da realidade em prol de uma suposta cientificidade, como argumentou Pachukanis (2017), o neoconstitucionalismo vai além, pois esvazia a eficácia da lei em sua natureza objetiva, colocando em razão de

---

2. Segundo Streck (2014) é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (CC), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.



horizonte e não mais de necessidade e dever ser. Diante disso, essa faceta dos princípios como normas de integração e aplicação relativa suscita - não menos que - observações críticas. Pois, devido à sua abertura interpretativa, e submissão a técnica de ponderação, os princípios podem ser passíveis de interpretações subjetivas por parte dos aplicadores do direito, levando a divergências e incertezas na sua aplicação.

Ademais, sua força normativa pode ser afetada pelo contexto político, social e cultural, o que diminui ainda mais sua eficácia na promoção dos valores que encarnam. Nesse sentido, além do aspecto da subordinação e alienação da eficácia dos princípios a interpretação do magistrado, da mesma forma, a interpretação é subordinada e alienada, as suas condições políticas e a conjuntura histórica que a circunscrevem. Nessa toada, pode-se dizer que estabelecimento da Constituição de 1988 não foi resultado de uma ruptura total com a jurisdição que a antecede, como dispõe Antônio Sérgio Rocha:

Em 1985 se iniciaram os projetos para quebrar com os aparatos institucionais do regime e estabelecer as condições da nova constituição, o que se prolongaria por mais dois anos: “Constituinte derivada ou originária? Exclusiva ou congressual? Provida de anteprojeto ou não?” Era uma situação constituinte. Tudo se deu sob controle de acordo com a previsão da Constituição de 67. Por meio de emenda constitucional nº 25, criaram-se novas condições de governo (Rocha, 2013, p. 54).

Nesse caminho, a crítica pretendida objetiva demonstrar que os princípios fundamentais encarnados na Constituição Brasileira de 1988 têm sido uma manobra hábil para desviar a atenção das responsabilidades iminentes de reformas substanciais, anteriormente propostas por João Goulart. Nesse contexto, o processo constituinte, marcado por uma pluralidade de ideias e perspectivas, aparenta ter gerado debates intensos sobre questões como os direitos sociais, bem como a reforma agrária, a democratização dos meios de comunicação e a autonomia regional. Contudo, o resultado, em vez de refletir uma genuína busca por justiça social, igualdade e democracia diante de um passado sombrio, pode ser interpretado como uma estratégia retórica que apazigua as aspirações de transformações mais profundas.

Tomando alguns exemplos em consideração, o primeiro e mais notório é a problemática da reforma agrária. O Brasil ainda enfrenta, nos dias atuais, uma marcante desigualdade que tem suas raízes na sua história, remontando aos tempos da escravidão e, de maneira mais específica, à Lei de Terras de 1850. Esta lei se mostrou um marco divisor que inviabilizou a democratização do acesso à terra, ao mesmo tempo que fortaleceu o controle das elites dominantes sobre ela.

A Lei de Terras teve como legisladores proprietários de homens e mulheres escravizados, que enxergaram na legislação uma oportunidade de garantir uma nova forma de dominação, uma vez que a abolição da escravidão estava prestes a ocorrer, já prevista, em parte devido à pressão exercida pela Inglaterra. Dessa forma, a lei foi moldada de maneira a perpetuar o controle das classes dominantes sobre a terra, impedindo que ela fosse redistribuída de maneira mais equitativa entre a população. À esse respeito, afirma José de Souza Martins:

O objetivo era criar “por meios falsos” uma massa real e verdadeira de “despossuídos” [...], que não tivesse nenhuma outra alternativa senão trabalhar para os grandes proprietários de terra. A Lei de Terras foi um artifício para criar um problema e, ao mesmo tempo, uma solução social em benefício exclusivo dos que tinham e têm terra e poder. (Martins, 1997, pp. 17-18).



Ao analisar esse contexto histórico, fica evidente como as raízes do desequilíbrio socioeconômico atual têm suas origens profundas e intrincadas, influenciadas por políticas que moldaram a distribuição de terras ao longo do tempo. Portanto, a reforma propugnada por João Goulart almejava uma reconfiguração fundamental dessa situação, cujas raízes, como evidenciado, remontam aos períodos obscuros da escravidão.

No entanto, essa iniciativa foi barrada pela irrupção do regime militar, que promovia agendas externas, bem como pelo poder das elites brasileiras e, por conseguinte, dos grandes proprietários de terras. Posteriormente, na prática, a Constituição de 1988 delegou a concretização da reforma agrária a uma legislação ineficiente (mais especificamente ao determinar a função social da propriedade, em seu artigo 170, II e III da Constituição Federal), um objetivo que nunca chegou a se materializar de fato (Dezemone, 2016).

Além desse exemplo a Reforma Educacional, em sua proposta, buscava ampliar o acesso a uma educação de qualidade, almejando torná-la mais inclusiva e acessível a todas as camadas sociais. No entanto, essa nobre intenção se deparou com obstáculos significativos, que minaram a implementação concreta da reforma. A carência de recursos adequados, somada à resistência tenaz por parte de setores privados resultou em uma efetividade limitada que culminou na persistência de desigualdades absurdas na qualidade da educação, além de não concretizar plenamente o alcance desse direito fundamental a todos os cidadãos, mas, ao contrário, favorecer as classes dominantes na manutenção de seus privilégios a ela unicamente acessível. De forma que a situação educacional brasileira pode ser lida não como crise, mas como um projeto (Peroni, 2006).

A proposta de Reforma da Previdência e Trabalhista enfrentou uma trajetória semelhante. Seu intuito de modernizar e garantir direitos essenciais relacionados à previdência e ao trabalho esbarrou em barreiras intransigentes. Setores empresariais e grupos com interesses econômicos vigiaram de perto as mudanças, temendo pelo impacto em suas vantagens. Essa resistência obstinada lançou obstáculos substanciais na implementação de políticas mais abrangentes, que poderiam verdadeiramente assegurar esses direitos fundamentais (Loureiro, 2017).

Assim, as aspirações por reformas profundas de base, como as delineadas por João Goulart, visavam tratar de questões sociais fundamentais. No entanto, a falta de respaldo político gerou uma limitação incontestável na eficácia dessas reformas. Consequentemente, isso perpetuou desafios persistentes na realização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, demonstrando um cenário onde as intenções e ações muitas vezes se distanciam, deixando muitos desses princípios no papel, em vez de traduzi-los em melhorias reais para a sociedade.

Nessa toada, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, em outras palavras, os resultados que tais normas desejam alcançar dependem exclusivamente de seu próprio enunciado. Assim, a partir dele, deve-se presumir a eficácia dessas garantias. No entanto, apenas presume-se, conforme observado, como promessas propositalmente vagas, de modo, talvez, a acalantar o povo, mas que não apresentam, efetivamente, aptidão e meios eficazes para a produção de efeitos materiais. Nesse contexto, a respeito da definição de eficácia, Luís Roberto Barroso estabelece o seguinte:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a



eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, “ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma (Barroso, 2000, p. 83)

À vista disso, a Constituição de 1988, promulgada sob aplausos e expectativas, consolidou princípios democráticos e estabeleceu uma moldura legal para uma nova fase na história do Brasil. Contudo, sua redação, que garante direitos e salvaguardas aos cidadãos, delinea a estrutura governamental e aponta promessas de uma abordagem do Estado em relação a questões sociais, econômicas e culturais, pode ser vista como um arranjo superficial que procura manter o status quo, representando seu caráter anti-emancipatório sob um verniz progressista. De forma que o neoconstitucionalismo, na caracterização da primazia dos direitos fundamentais atua, fundamentalmente, no esvaziamento da efetividade prática da força da lei. Em outras palavras, retira o poder da norma prática efetiva, e a reveste de uma função de horizonte norteador. Desse modo, a ambiguidade dos princípios constitucionais, concebidos para orientar a aplicação das normas de forma flexível, pode ser compreendida como uma ferramenta que permite uma interpretação seletiva e adaptável a interesses específicos, distinto daqueles pensados originalmente.

A distinção entre princípios e regras, embora sirva como uma justificativa para uma aplicação flexível, pode igualmente encobrir a manipulação das diretrizes constitucionais em favor das elites econômicas e políticas. Ou seja, são promessas, que atuam no sentido de produzir reformas emergentes, não tocar em privilégios e injustiças que podem ser verificadas e reverberam na historicidade brasileira. Nesse sentido, se limita a uma configuração e condição de promessa e, assim, antecipa propositalmente sua inefetividade. Como observa Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido (Bonavides, 2009, p. 607).

Diante disso, o legado da Constituição de 1988, embora seja celebrado como um marco de avanço democrático, merece ser analisado com uma lente crítica. Pois, ainda que tenha estabelecido bases para a promoção dos direitos humanos e da democracia, a eficácia de seus princípios permanece ambígua diante das contradições sociais e da persistência das desigualdades. Sob a ótica crítica, a Constituição pode ser vista como uma máscara retórica que, apesar de seu discurso progressista, mantém intactas as estruturas de poder e exploração que caracterizam o sistema sociopolítico brasileiro. Ou ainda, conforme a avaliação de Florestan Fernandes, de que a Constituição de 1988 resultou em uma forma de "ditadura institucionalizada", estabelecida com o amplo poder do chamado centrão, o grande bloco de partidos brasileiros de centro-direita (Fernandes, 1988).

Além disso, de acordo com Mascaro (2019), essas práticas estão longe de observar os princípios constitucionais de forma objetiva e neutra, mas a partir de interesses específicos. Isso sugere que, os fundamentos da estrutura legal do país estão corrompidos em sua própria natureza. A institucionalização desses elementos, como mencionado, pode levar à melhoria dos instrumentos que envolvem a legalidade. No entanto, como pode ser verificado historicamente, esses “avanços” são em direção a alcançar interesses privados, a realizar a manutenção de privilégios e, por conseguinte,



da desigualdade histórica. Nesse sentido, no contexto da conjuntura antes e pós ditadura, esses interesses que determinam as leis, conforme observado, são objetivos.

Essa condição anti emancipatória da lei, encontra na historicidade sua razão de ser: a defesa da propriedade privada e da manutenção dos privilégios de classe sob a lógica da acumulação. Nas palavras do autor:

As práticas sociopolíticas brasileiras tradicionais e as novas diretrizes econômicas internacionais não atentariam apenas à materialidade das normas constitucionais, mas também à democracia formal. Os novos aspectos dessa institucionalização parecem apenas aprimorar os instrumentos que fazem da legalidade um meio para alcançar interesses privados (Mascaro, 2019, p. 178).

Diante disso, sintetiza o autor, que a legalidade é a própria afirmação da efetivação social de poderes e hierarquias. De modo que todas as relações sociais, como os privilégios de classe, recebem, assim, o respaldo legal ou na efetividade social e, em via oposta, ignora tudo aquilo que o sistema não universaliza. Dessa forma, o raciocínio aponta para uma preocupação crítica com a relação entre as práticas políticas e econômicas no Brasil, destacando como a legalidade pode ser usada como uma ferramenta para promover interesses particulares, no caso em questão, evitando reformas substanciais, em detrimento de ideais democráticos esvaziados. Essa análise sugere uma necessidade de avaliar de maneira aprofundada como as influências globais e as tradições locais moldam a forma como as instituições operam no país. A esse respeito, dispõe Mascaro: “A dialética da exploração e da dominação no quadro histórico brasileiro demonstra uma plena insistência numa forma de relação social verticalizada.” (Mascaro, 2019, p. 100).

Diante disso, em um contexto em que as estruturas sociais já são marcadas por profundas assimetrias econômicas, o neoconstitucionalismo representa nada além da instrumentalização da lei (ou do esvaziamento dela, no caso dos princípios fundamentais) para legitimar e perpetuar a desigualdade.

A manipulação de princípios em prol de grupos privilegiados pode ocorrer de forma sutil, por meio de interpretações que atendam aos interesses de elites econômicas e políticas, enquanto desconsideram as demandas da população mais vulnerável. Além disso, o neoconstitucionalismo pode ser usado para justificar decisões judiciais que reforçam a desigualdade em nome da preservação da ordem ou da estabilidade econômica. A ideia de que a intervenção estatal em questões econômicas deve ser mínima, em conformidade com princípios neoliberais, pode levar a decisões judiciais que favorecem políticas de austeridade e restrição de direitos sociais, prejudicando especialmente os grupos marginalizados.

Assim, a análise da materialidade jurídica da sociabilidade brasileira contemporânea baseia-se em uma trajetória histórica de transformação social, econômica e política, marcada por eventos como a Independência, a Abolição e a Proclamação da República. Esses eventos foram moldados por forças capitalistas que definiram as estruturas de classe, os limites políticos e os bloqueios sociais do país. Essa formação foi significativamente cristalizada com o golpe militar de 1964 e a subsequente ditadura, que durou até 1985. A repressão estatal foi diretamente conduzida por agentes do Estado, e o golpe foi legitimado pelo sistema judiciário brasileiro. A Constituição liberal de 1946 foi substituída pelas constituições autoritárias de 1967 e 1969, que incluíam medidas draconianas como os Atos Institucionais. Essas mudanças institucionais criaram uma legalidade que sustentava a ditadura, em vez de se opor a ela.



Anthony Pereira, ao comparar a juridicidade da ditadura brasileira com outras na América Latina, destaca que a abordagem brasileira teve uma maior cooperação entre as forças armadas e o Judiciário, além de uma preocupação com a legalidade formal no tratamento dos adversários políticos, especialmente aqueles da elite política. No Chile, os militares usurpavam o poder judicial mais diretamente, enquanto na Argentina havia um desrespeito mais flagrante ao Judiciário, seguido pela ratificação judicial das ações militares (Pereira, 2010).

Durante a ditadura brasileira, os tribunais militares foram usados como instrumentos de repressão judicial contra dissidentes e opositores. Inicialmente focados em eliminar comunistas e partidários de Goulart do aparato estatal, esses tribunais expandiram seu alcance para incluir todos que fossem vistos como uma ameaça ao regime. Isso manteve a ditadura dentro de uma trajetória legalista, embora não constitucional. Nesse contexto, afirma Mascaro (2024) “A legalidade foi o esteio para a ditadura, não sua antípoda.”

Da mesma forma, o processo de saída da ditadura militar no Brasil foi marcado por lutas, mas a transição para a democracia foi controlada pelos próprios poderes ditatoriais. A redemocratização não penalizou os crimes e torturas cometidos durante o regime militar, não superou seus mecanismos de domínio e, eventualmente, sucumbiu a estratégias e ideologias similares às do golpe de 1964, como o conservadorismo moral e religioso, o reacionarismo político, a desmobilização de políticas inclusivas, o anticomunismo, o uso do arbítrio militar como último recurso político, o ativismo judicial golpista, e o louvor à violência e à ignorância anticientífica. Desde o golpe de 1964 até o presente, a tortura tornou-se uma prática frequente e simbolicamente central na dominação sociopolítica. O Ato Institucional nº 5 (AI-5) é considerado uma marca jurídica fundamental das possibilidades materiais da juridicidade brasileira, muito mais influente do que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O AI-5 foi sustentado pelo capital, pelos militares, pelos meios de comunicação de massa, pelos tribunais, pelos juristas e pela ideologia conservadora da sociedade, que defendem a aplicação dos direitos humanos apenas para aqueles que consideram "humanos direitos". Em contraste, o artigo 5º é valorizado em círculos jurídicos e intelectuais que idealizam o império constitucional e a supremacia dos direitos humanos como produto necessário da técnica jurídica positivista e da razão superior (Mascaro, 2024).

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo pode representar historicamente um contorno a reformas substanciais, pretendidas anteriormente pelo então presidente João Goulart, com promessas, cuja natureza de aplicabilidade parece ter sido propositalmente comprometida por interesses anti emancipatórios. À vista disso, destaca-se a manipulação do atraso diante das reformas emergentes realizadas por diversos países, há muito antes, materializadas na forma de conversões diretas.

Nesse contexto, por vias processualistas, Lênio Streck, explica que a nova Constituição brasileira de 1988, rica em direitos fundamentais e com um extenso catálogo de direitos sociais, exigiu novas abordagens teóricas no direito, que a tradição jurídica brasileira, baseada em um modelo liberal individualista inspirado no direito privado francês e alemão, não contemplava adequadamente os direitos de segunda e terceira dimensões. Essa inadequação levou os juristas brasileiros a adotarem teorias estrangeiras de forma acrítica, destacando o protagonismo dos juízes. Três principais teorias influenciaram esse movimento: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (focando no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Segundo Streck, os teóricos brasileiros adotaram da jurisprudência dos valores a ideia de que a Constituição é uma



ordem concreta de valores, cabendo aos intérpretes identificar e revelar esses valores. A teoria da argumentação de Robert Alexy foi a principal forma de implementação dessa abordagem. No entanto, essa teoria foi frequentemente interpretada de maneira superficial tanto por parte significativa da doutrina quanto pelos tribunais, resultando em uma aplicação inadequada das ideias de Alexy no contexto brasileiro. Alexy, argumenta Lênio, propôs uma abordagem mais complexa, na qual a ponderação não envolve uma escolha direta entre princípios em conflito, ou seja, não reduz a ponderação a uma decisão simplista.

Dessa forma, apesar da importância da Constituição de 1988 para a evolução política no Brasil, o projeto de sociedade estabelecido por ela ainda não encontrou espaço para sua efetiva concretização. A Constituição surgiu após um período de transição política e social, substituindo o paradigma desenvolvimentista do "milagre econômico". No entanto, mais de duas décadas após sua promulgação, os efeitos desejados não foram alcançados. Ao contrário do regime militar, que se estabeleceu firmemente nas décadas de 1960 e 1970, a nova Constituição, embora socializante e contendo medidas para transformar a sociedade brasileira, não se concretizou nos primeiros anos de democracia. Grande parte desse problema é atribuído aos equívocos e confusões na interpretação jurídica e doutrinária do novo texto constitucional. O *establishment* jurídico continuou a operar com o antigo modelo interpretativo, não incorporando plenamente as inovações trazidas pela Constituição de 1988.

Assim, apesar de inspirada no constitucionalismo europeu pós-guerra e rica em direitos sociais, a Constituição brasileira enfrenta desafios significativos para sua efetiva implementação, refletindo a complexidade e as resistências históricas no processo de transformação social e política no Brasil. Finalmente, Streck admite, no caminho de Mascaro, mas a partir da obra consagrada "Os donos do poder", de Raymundo Faoro, a existência de uma influente interpretação da história do Brasil que aponta para a existência de um estamento burocrático – no sentido de Weber – a governar o patrimonialista Estado brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Brasil, caracterizada por sua realidade periférica, de latente desigualdade, reforça a relação entre o âmbito jurídico e político. A partir da Constituição de 1988, juntamente com a influência das concepções do novo constitucionalismo, os tribunais ganharam destaque como instâncias aptas a tomar decisões políticas guiadas por princípios orientados por garantias fundamentais. Nesse contexto, os tribunais decidem em detrimento das instituições representativas, reféns de um poder manifestado na externalidade.

A abordagem neoconstitucionalista que confere aos juízes a competência para decidir com base na autoridade técnica e intelectual dos magistrados, combinada com a história de um capitalismo periférico que utilizou a lei como meio para obter vantagens políticas e econômicas, como estamento da ordem burguesa, e agrava ainda mais, ou ao menos legitima, um problema que preexiste à atual Constituição e têm nela amparo e égide de sua manifestação.

Desse modo, a constituinte se limita às promessas cujos os fins são propositalmente inviabilizados pelo poder constituinte em sua própria gênese e, assim, reproduz o mesmo caráter anti emancipatório da ditadura que impediu João Goulart de materializar as reformas de base, manifestado no golpe militar de 1964 e revestido, na



constituição de 1988, de um falso viés progressista, pois impedido materializar-se, sendo limitado a princípios.

Isso pode ser evidenciado ao analisarmos criticamente a história e as circunstâncias materiais que envolveram a elaboração da Constituição de 1988, assim como sua estrutura processual de aplicação. Logo, a Constituinte não apenas foi teoricamente mal assimilada e adaptada ao contexto brasileiro, mas também parece ter sido implementada de forma ineficaz, seja intencionalmente ou não. Além disso, evidencia-se um caráter manifesto de manutenção do status quo do curso histórico do país, resultando em uma aplicação dos princípios constitucionais que, mesmo progressistas em seu verniz, acabam por se mostrar ineficientes. Assim, a assimilação inadequada dos princípios constitucionais ao contexto brasileiro, combinada com uma implementação que não conseguiu desafiar efetivamente as estruturas de poder e atender as necessidades preexistentes, conforme almejava, resultando em um progresso significativamente aquém do potencial da carta magna, que constitui em si mesma, o caráter de promessa e não realização.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA, Luiz A. M. **O governo João Goulart: as lutas sociais no Brasil, 1961-1964**. 7a ed. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ed. Unb, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAUÍ, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Autêntica, 2013.

\_\_\_\_\_. **Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CORRÊA, Marcos Sá. **1964 Visto e Comentado pela Casa Branca**. L&PM. Porto Alegre. 1977.

DEZEMONE, Marcus. **A questão agrária na crise política que levou à queda do governo Goulart**. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 36, n. 71, p. 131-154, 2016.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

\_\_\_\_\_. **O processo constituinte**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados/Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, Felipe Pereira. João **Goulart e a Cúpula do Movimento Sindical Brasileiro: O Caso das Confederações Nacionais de Trabalhadores (1961-1964)**. História (São Paulo), v.36, e3, p.16-23, 2017. ISSN 1980-4369. 2017.

OLIVEIRA, Francisco. **Crítica à razão dualista, O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2017.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010

PERONI, Vera Maria Vidal. **A relação público/privado e a gestão da educação em tempos de redefinição do papel do Estado**. In: ADRIÃO, Theresa; PERONI, Vera Maria Vidal (Org.). Público e privado na educação: novos elementos para o debate. São Paulo: Xamã, 2008.

MASCARO, Alysson. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MASCARO, Alysson. **Sociologia do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2024.

MASCARO, Alysson. **Crise e Golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.

VASCONCELOS SILVA, Aline. **JOÃO GOULART E AS REFORMAS DE BASE**. TEXTOS E DEBATES, Boa Vista, n.32, p. 5-20, jan./jun. 2019

ROCHA, Antônio Sérgio. **Genealogia da Constituinte. Do autoritarismo à Redemocratização**. Lua nova. Revista de Cultura e Política. Dossiê "Constituição e Processo Constituinte", nº88, 2013.

STRECK, Lenio. **Eis por que abandonei o neoconstitucionalismo**. In: Conjur, 13 de março de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

STRECK, L. L. **A interpretação da Constituição no Brasil: breve balanço crítico**. Revista Paradigma, [S. l.], n. 21, 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/210>. Acesso em: 24 jul. 2024.



## A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NO QUE TANGE À APOSENTADORIA ESPECIAL

Camila Martins<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da reforma previdenciária no que tange à aposentadoria especial, constituindo uma pesquisa bibliográfica de método dedutivo, com abordagem qualitativa. Especificamente, adota-se a hipótese de que na reforma previdenciária, ao instituir, entre outras modificações, o requisito de uma idade mínima para concessão da aposentadoria especial, ampliou, desta feita, consideravelmente o tempo que os segurados passarão expostos a agentes nocivos à sua saúde. Por consequência, houve uma diminuição da proteção social, o que afronta o art. 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais à saúde e à integridade física, bem como o princípio da vedação ao retrocesso social, pelo fato de que os riscos de adoecimento precoce aumentam tendo em vista o lapso temporal de exposição à agentes nocivos à saúde do trabalhador, e, em alguns casos, se inviabiliza a concessão da aposentadoria especial em decorrência das exigências impostas na EC 103/2019. Por fim, conclui-se que a temática em questão é de grande relevância, pois aborda mudanças recentes e que, como exposto, podem ter impacto significativo sobre a saúde e segurança laboral de inúmeros trabalhadores em ambiente insalubres, perigosos e penosos.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade, reforma previdenciária, aposentadoria especial.

**Abstract:** This study aims to demonstrate the unconstitutionality of the social security reform regarding special retirement, constituting a bibliographic research of deductive method, with a qualitative approach. Specifically, the hypothesis is adopted that the social security reform, when instituting, among other modifications, the requirement of a minimum age for the concession of special retirement, considerably extended the time that the insured will spend exposed to agents that are harmful to their health. As a consequence, there was a decrease in social protection, which goes against article 7, XXII, of the Federal Constitution of 1988, the fundamental rights to health and physical integrity, as well as the principle of the prohibition of social regression, due to the fact that the risks of early retirement increase in view of the time period of exposure to agents that are harmful to the worker's health, and, in some cases, the concession of special retirement becomes unfeasible due to the requirements imposed by EC 103/2019. Finally, it is noted that the theme in question is of great relevance, since it addresses recent changes that, as exposed, may have a significant impact on the health and safety at work of many workers in unhealthy, hazardous and hazardous environments.

**Keywords:** Unconstitutionality, pension reform, special retirement.

### INTRODUÇÃO

A instituição da chamada Reforma da Previdência, por meio da aprovação da Emenda Constitucional 103/2019 (EC 103/2019) realizada na data de 12 de novembro de 2019, trouxe inúmeras mudanças no sistema previdenciário brasileiro. E uma das principais alterações atinge o segurado, quando este for requerer a aposentadoria especial, para quem foram criadas regras de transição e instituídos requisitos antes não existentes na modalidade da aposentadoria especial, quais sejam: a idade mínima para concessão do benefício, associado a um tempo mínimo contributivo, para ter uma renda inicial de 60% (sessenta por cento) do salário de benefício, sendo acrescido 2% (dois por cento) por ano que superar o mínimo exigido.

Destaca-se que antes da reforma previdenciária, era exigido apenas o lapso temporal laborativo em cada espécie de trabalho, fosse de 15 (quinze) anos, 20 (vinte) anos ou 25 (vinte e cinco) anos, sem a exigência de idade mínima e com salário de

---

1. Graduada no Curso de Direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE), e-mail camila299martins@gmail.com, telefone (47) 99736-5902.



benefício integral no importe de 100% (cem por cento). Isso significa dizer, que também ocorreria uma afronta ao princípio básico da Seguridade Social, previsto no inciso IV, artigo 194 da CRFB/88, senão vejamos *in verbis*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

**IV - irredutibilidade do valor dos benefícios (grifo meu);**

Tal alteração causou controvérsia no meio jurídico, gerando debates quanto a sua constitucionalidade. Isso ocorre porque, a partir do momento em que passa a ser exigida uma idade mínima considerável para que o segurado adquira o direito ao benefício, se torna necessário que esse segurado fique exposto a agentes prejudiciais à saúde por um longo período. Tal cenário levanta a questão de se as novas regras da aposentadoria especial poderão ter como consequência o prejuízo à saúde dos segurados, ou mesmo tornar inviável que estes consigam se manter no exercício de atividades consideradas especiais pelo período necessário para se aposentar.

Nesse contexto, argumentam Castro e Lazzari (2019) que a reforma, por meio desta e de outras alterações, dificulta o cumprimento de todos os requisitos para a aposentadoria especial. Deste modo, cria-se a possibilidade de que, como consequência das alterações legislativas, os segurados trabalhem com atividades especiais, mas não consigam ter o direito à aposentadoria especial reconhecido. Em vez disso, a eles serão subtraídos os acréscimos a que até então tinham direito, e o período trabalhado será considerado apenas como tempo de aposentadoria comum, e não de aposentadoria especial.

É no âmbito dessa discussão que se situa a presente pesquisa, a qual tem como objetivo geral analisar a inconstitucionalidade da reforma previdenciária no que tange à aposentadoria especial, de forma a compreender as modificações ocorridas nessa modalidade de aposentadoria e os riscos que essas modificações causam aos segurados, em razão especialmente da inclusão da idade mínima como requisito para a aposentadoria. Para atingir tal objetivo geral, elenca-se como objetivos específicos do trabalho: contextualizar a emenda Constitucional 103/2019, com foco na nova regra da aposentadoria especial; identificar a problemática acerca da periculosidade da exposição a agentes prejudiciais à saúde; e discutir sobre a inconstitucionalidade da reforma previdenciária.

Assim, com base nos objetivos supracitados, esse artigo está estruturado da seguinte forma: inicialmente será abordado e especificado o conceito de aposentadoria especial e suas principais regras. Em sequência, serão identificadas as alterações mais relevantes realizadas pela Emenda Constitucional 103/2019.

E, por fim, será debatida a constitucionalidade das alterações promovidas, com especial destaque para a análise do direito à saúde do segurado e dos prejuízos causados a esse direito pela exposição a agentes físicos, químicos e biológicos que qualificam uma atividade como “especial”.

Conforme exposto acima, o tema abordado ocupa espaço de destaque nos atuais debates do direito previdenciário, uma vez que as mudanças ocorridas na aposentadoria especial constituem uma das mais marcantes alterações da reforma da previdência. Logo, apenas por este ponto já se observa a relevância da presente pesquisa, posto que visa



contribuir para o aprimoramento e aprofundamento de debates relativos a uma temática atual e que tem sido amplamente discutida no meio acadêmico.

Ademais, é fato comum que a aposentadoria é um dos principais direitos sociais conquistados pelos trabalhadores ao longo da história. Nesse contexto, qualquer alteração significativa nas leis e dispositivos constitucionais que a regem merece especial atenção, em razão seu grande impacto na sociedade brasileira como um todo. E isso é especialmente verdadeiro para a aposentadoria especial, uma vez que tal modalidade de aposentadoria é também fundamental para a garantia do direito à saúde dos segurados e, por consequência, para a promoção da boa qualidade de vida para a sociedade.

Desta forma, verifica-se que, dentre os temas previdenciários, a aposentadoria especial merece aprofundada atenção, tendo em vista o impacto nocivo de determinadas atividades laborais na qualidade de vida dos trabalhadores que a exercem.

Assim, se observa que o tema escolhido pela pesquisa possui também considerável relevância social, visto que debater a inconstitucionalidade dessas alterações é de suma importância para se possa refletir sobre se o direito previdenciário atual caminha na direção do aprimoramento da proteção constitucional aos direitos fundamentais ou de sua desconstituição.

## **1. A APOSENTADORIA ESPECIAL ANTES DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA**

A aposentadoria especial surgiu com o sancionamento da lei orgânica da previdência social (LOPS), de nº 3.807, em 26 de agosto de 1960, tendo sofrido inúmeras modificações ao longo de sua história. Em síntese, pode-se afirmar que se trata de uma modalidade de aposentadoria com regras diferenciadas e mais benéficas, aplicável a segurados que exercem as chamadas “atividades especiais”, ou seja, atividades que envolvem agentes insalubres, penosos ou perigosos, capazes de causar prejuízos à saúde desses segurados, o que justifica que eles se aposentem de forma mais facilitada, com um tempo menor de contribuição em relação aos demais segurados (RIBEIRO, 2018).

Castro e Lazzari (2019, p. 628) definem a aposentadoria especial nos seguintes termos, senão vejamos:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria programada, com redução do tempo de contribuição necessário à inativação, concedida (segundo o art. 201, § 1º, II da Constituição – redação conferida pela EC n. 103/2019) exclusivamente em favor dos segurados 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.

Nesse sentido, leciona Santos (2018) que, para concessão da aposentadoria especial, o segurado precisava exercer de forma permanente e não funcional nem intermitente função que em que houvesse exposição a agentes nocivos químicos, físicos e/ou biológicos durante 15, 20 ou 25 anos, sem requisitos de idade mínima. Os critérios para a caracterização da exposição aos citados agentes são detalhados por Chaves e Mendes (2020, p.14), que iniciam definindo o trabalho permanente como “aquele executado por toda a jornada, ou seja, durante todo o horário de trabalho do empregado”.

Com base nessa definição, pode-se concluir que o requisito da permanência implica que o empregado possui um contato constante com o agente nocivo, durante o decorrer de sua vida laboral, o que já é um indicativo dos possíveis malefícios que esse contato



pode gerar para a sua saúde.

Ainda, para a caracterização da aposentadoria especial, se faz necessário que, além de permanente, a exposição a esse agente nocivo seja habitual, conceito que exige que a exposição ocorra de forma rotineira, todos os dias, exceto quando se tratar de trabalho perigoso (CHAVES; MENDES, 2020).

Nessa esteira, cabe destacar que, segundo Castro e Lazzari (2019, p. 630), o conceito de trabalho permanente possui definição legal no art. 65, *caput*, do Decreto 3.048/1999, como sendo “aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do segurado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço”.

Elucidam os referidos doutrinadores que a comprovação do exercício de trabalho habitual e permanente pelo período legal para adquirir a aposentadoria passou a ser exigida pela Lei 9.032/1995, posto que, antes disso, era possível também o enquadramento por categoria profissional.

Destacam ainda os autores retro sobre o tema:

A redação original do art. 57 da Lei n. 8.213/1991 admitia duas formas de se considerar o tempo de serviço como especial: a) enquadramento por categoria profissional: conforme a atividade desempenhada pelo segurado, presumia a lei a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas; b) enquadramento por agente nocivo: independentemente da atividade ou profissão exercida, o caráter especial do trabalho decorria da exposição a agentes insalubres arrolados na legislação de regência. A Lei n. 9.032, de 29.4.1995, acabou com o enquadramento por categoria profissional e impôs a necessidade de comprovação, pelo segurado, da efetiva exposição aos agentes agressivos, exigindo ainda que essa exposição fosse habitual e permanente. No entanto, em relação ao período anterior a 29.4.1995 é resguardado o direito ao reconhecimento como tal, admitindo-se inclusive outras categorias por analogia. (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 630).

Assim, o que se percebe que, de acordo com as regras que estavam vigentes até a Emenda Constitucional 103/2019, para que um segurado adquirisse o direito a uma aposentadoria especial, era necessário tão somente que comprovasse a exposição habitual e permanente, pelo tempo previsto em lei (15, 20 ou 25 anos, a depender do tipo de agente envolvido), a agentes físicos, químicos e biológicos que gerassem riscos à saúde, sem que fosse necessário atingir qualquer idade mínima.

Os citados agentes nocivos são aqueles que podem causar algum prejuízo à saúde e à integridade física dos segurados, e estão definidos no Anexo IV do Decreto 3.048/1999 (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Entre as atividades laborais que ensejam o direito à aposentadoria especial, Cunha (2019), cita o trabalho em minas subterrâneas, a sujeição do segurado a ruídos e ao calor, entre outras constantes no citado decreto. Também Castro e Lazzari (2019) exemplificam alguns dos agentes constantes no Decreto 3.048/1999, enumerando, de forma não exaustiva, a exposição do segurado a vibrações, pressões anormais, radiações, poeiras, vapores, e microrganismos como vírus, fungos e bactérias. Em suma, trata-se de agentes que efetivamente podem causar danos à saúde do segurado, caso ele seja exposto a tais microrganismos e substâncias por um determinado período.

Nesse sentido, destaca-se que não é qualquer exposição aos citados agentes que caracteriza o direito à aposentadoria especial, mas sim aquela que excede os limites toleráveis, limites esses que são fixados em parâmetros quantitativos ou qualitativos, dependendo do tipo de atividade (CASTRO; LAZZARI, 2019).



Desta forma, observa-se que as regras da aposentadoria especial foram elaboradas com o intuito de compensar e mitigar os danos à saúde dos segurados causados pela exposição aos agentes reconhecidamente nocivos.

Existe, assim, uma finalidade latente na sua instituição, que se relaciona não apenas com a garantia do direito à saúde, mas também com a garantia da integridade física, da saúde e da qualidade de vida dos segurados expostos a esse tipo de agente. É o que afirmam Chaves e Mendes (2020, p. 4-5):

Quanto à natureza jurídica, a doutrina pouco se manifesta a respeito, e quando o faz, entende como medida compensatória em face da nocividade em que o segurado se submeteu durante seu período de labor, ou entende como uma medida antecipatória para que o risco a que se submete o segurado durante o período a que se esteve sob o risco eminente para sua saúde não se transforme em efetivo sinistro. Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (2012) compartilha com a ideia de que a aposentadoria especial é um instrumento de técnica protetiva do trabalhador, que vai compensar o desgaste resultante da exposição a agentes nocivos.

No mesmo sentido, se manifestam Castro e Lazzari (2019, p. 628):

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria programada, com redução do tempo de contribuição necessário à inativação, concedida (segundo o art. 201, § 1º, II da Constituição – redação conferida pela EC n. 103/2019) exclusivamente em favor dos segurados 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. A respeito da finalidade da aposentadoria especial, manifestou-se Maria Lúcia Luz Leiria: “A finalidade do benefício de aposentadoria especial é de amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria. Tem, pois, como fundamento o trabalho desenvolvido em atividades ditas insalubres. Pela legislação de regência, a condição, o pressuposto determinante do benefício está ligado à presença de agentes perigosos ou nocivos (químicos, físicos ou biológicos) à saúde ou à integridade física do trabalhador, e não apenas àquelas atividades ou funções catalogadas em regulamento”.

Portanto, pode-se observar que a aposentadoria especial é um tipo de aposentadoria com uma finalidade bastante delimitada, finalidade que justifica as suas peculiaridades com relação às demais modalidades de aposentadoria previstas na legislação previdenciária.

Vale ressaltar que dentre tais peculiaridades, a mais significativa delas é que, consoante exposto, até a Emenda Constitucional 103/2019, não havia exigência de idade mínima para aquisição do direito a se aposentar, bastava apenas completar o tempo máximo de exposição aos ambientes nocivos à saúde do trabalhador.

Cunha (2019), em suas palavras, destaca que os únicos requisitos para que o segurado adquirisse o direito à aposentadoria especial era deter o período de carência previsto em lei, de 180 (cento e oitenta) contribuições e comprovar a exposição habitual e permanente a um agente nocivo pelo período de 15, 20 ou 25 anos.

Em outras palavras, a grande diferença da aposentadoria especial para as outras modalidades de aposentadoria é que, por meio dela, o segurado conseguia se aposentar com uma idade mais jovem e com um período de trabalho menor, a depender da atividade exercida por ele. E isso se relaciona diretamente com o grau de nocividade à saúde dessa atividade.



Nesse norte, se extrai do ensinamento de Chaves e Mendes (2020), quando se manifestam que a aposentadoria especial é vista pela doutrina não apenas como uma medida compensatória pela exposição a agentes nocivos, mas também como uma medida antecipatória, no sentido de que permite a interrupção da exposição do segurado a esse agente antes que haja um dano grave à sua saúde e qualidade de vida.

Com efeito, observa-se que, quanto mais nocivo o agente a que determinado trabalhador está exposto, menor é o tempo de contribuição previsto em lei para que ele obtenha o direito à aposentadoria. (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Assim, diante desse contexto, evidencia-se que as peculiaridades da aposentadoria especial, em especial a ausência de idade mínima para aquisição do direito ao benefício, são essenciais para que essa modalidade de aposentadoria seja efetivamente protetiva para o segurado.

E foram justamente essas peculiaridades que se tornaram alvo de modificação pela Emenda Constitucional 103/2019, conforme se abordará no próximo capítulo.

## **2. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E AS ALTERAÇÕES NA APOSENTADORIA ESPECIAL**

A Emenda Constitucional nº 103 foi promulgada pelo Senado Federal na data de 12 de novembro de 2019, alterando o sistema da previdência social e estabelecendo regras de transição. Dentre as alterações mais significativas, encontra-se a mudança nas regras para a concessão da aposentadoria especial. (MARTINEZ, 2019).

Leciona Martinez (2019) que o envelhecimento populacional e o aumento da expectativa de vida foram os principais fatores que motivaram a realização da reforma, já que se estima que haveria dois contribuintes para cada beneficiário de aposentadoria e pensão por morte, número considerado baixo e que correria risco de ser reduzido a um até o ano de 2040.

Nesse contexto, o referido doutrinador explana que a Emenda Constitucional 103/2019, a qual tramitou no Poder Legislativo como Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019, se baseia em cinco pilares básicos:

A razão fundamental do projeto, segundo palavras contidas na exposição de motivos, foi o modelo atual das regras atuariais e de acesso a benefícios previdenciários, que se teria tornado rígido em sua alteração, e ineficiente sob o ponto de vista dos princípios constitucionais de igualdade e distribuição de renda (...) Diante desse cenário, a Proposta de Emenda Constitucional n. 6/2019 declarou-se estruturada em quatro pilares explícitos e em pelo menos um pilar implícito: a) O combate às fraudes e redução da judicialização; b) A cobrança das dívidas tributárias previdenciárias; c) A equidade, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, com todos brasileiros contribuindo para o equilíbrio previdenciário na medida de sua capacidade; e d) A criação de um novo regime previdenciário capitalizado e equilibrado, destinado às próximas gerações; e) a tentativa de diminuição das desigualdades no sistema previdenciário atual. (MARTINEZ, 2019, p. 13-14).

De acordo com a posição doutrinária acima constante, a Reforma da Previdência teria objetivado, ao menos em seu discurso, a promoção da igualdade e equidade entre os segurados, bem como a garantia do equilíbrio do regime previdenciário.

Todavia, tal reforma é alvo de severas críticas, como as de Freitas (2019), para quem tais pilares não se sustentam na realidade fática, pois a Emenda 103/2019 não resolveria privilégios de determinadas categorias e visaria atender a interesses



econômicos em vez de sociais, prejudicando os direitos dos segurados, em especial dos hipossuficientes.

Em que pese não se pretenda aprofundar tal debate nessa pesquisa, por fugir ao recorte temático, é fato que as modificações promovidas pela EC 103/2019 à aposentadoria especial são algumas das mais criticadas pela doutrina, a exemplo também de Castro e Lazzari (2019). Os citados doutrinadores resumem as principais mudanças promovidas pela Emenda Constitucional 103/2019 nas regras previdenciárias da seguinte forma:

Nesta Emenda, destacam-se: a criação de uma idade mínima para as aposentadorias voluntárias do RGPS, inclusive a 'especial'; a alteração do critério de carência para novos filiados ao RGPS do sexo masculino, de 15 anos para 20 anos; a mudança na apuração do salário de benefício, que passa a ser igual a média de todos os salários de contribuição desde junho de 1994; o critério de cálculo da renda mensal inicial das aposentadorias, inclusive a por invalidez, salvo a acidentária; a alteração no direito à pensão por morte, auxílio reclusão e salário-família; a previsão de aposentadoria de empregados públicos com cessão do vínculo de emprego, inclusive por atingimento da idade "compulsória" aplicada a ocupantes de cargos; e regras mais restritivas de acumulação de benefícios, especialmente de aposentadoria e pensão, entre outras regras incluídas (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 42).

Da citação supracitada, percebe-se que a criação da idade mínima para a aposentadoria especial, bem como para as outras modalidades de aposentadoria, é uma das principais modificações ocorridas. E, como já explanado, essa modificação adquire particular relevância no caso da aposentadoria especial, já que, por exigir períodos de contribuição menores e não demandar a idade mínima, tal modalidade permitia que o segurado se aposentasse mais cedo. Assim, a inserção da idade mínima é sem dúvidas a mudança mais impactante da Emenda Constitucional 103/2019 com relação a esse tipo de aposentadoria, uma vez que altera completamente a dinâmica até então vigente nessa modalidade.

Nesse cenário, após a Emenda Constitucional 103/2019, os segurados que exercerem atividades com exposição a agentes químicos, físicos e biológicos somente poderão se aposentar caso, além do cumprimento dos demais requisitos legais, tenham as seguintes idades mínimas: a) cinquenta e cinco anos de idade, para períodos de contribuição de quinze anos; b) cinquenta e oito anos de idade, quando exigidos 20 anos de contribuição; ou c) sessenta anos de idade, caso a lei exija vinte e cinco anos de trabalho com exposição a um ou mais agentes nocivos. (SANTOS; RIBEIRO, 2020).

Ainda, houve também a previsão de uma regra de transição para os que já eram contribuintes da Previdência Social antes da entrada em vigor do novo regramento. Trata-se da regra dos pontos, segundo a qual "o segurado deverá somar o tempo mínimo necessário para a aposentadoria especial e, conjuntamente com a idade obtida à época do requerimento da aposentadoria, chegar a 66 pontos (para 15 anos), 76 pontos (para 20 anos) e 86 pontos (para 25 anos), respectivamente" (SANTOS; RIBEIRO, 2020, p. 16).

Martinez (2019, p. 82-83) detalha essas regras de transição:

De todo modo, e em qualquer caso, devem ser observadas a carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e as seguintes condições: I – para o segurado que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 103/2019; quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva



exposição forem, respectivamente, de: a) sessenta e seis pontos e quinze anos de efetiva exposição, como a que ocorre com quem trabalhou em atividade de mineração subterrânea, em frente de produção; b) setenta e seis pontos e vinte anos de efetiva exposição, como a que ocorre com quem trabalhou em atividade de mineração subterrânea, quando houver afastamento da frente de produção ou em exposição a amianto; e c) oitenta e seis pontos e vinte e cinco anos de efetiva exposição, como, entre outras, a que ocorre com quem trabalhou em atividade em que haja exposição a campos eletromagnéticos de baixa frequência que tenham como fonte a energia elétrica e que realizem serviços dentro de um raio de 100 metros da geração de energia elétrica, linhas de transmissão, estações distribuidoras e transformadoras de energia elétrica, ou subestações, quando o trabalho for interno, mas também a que ocorre com a exposição a risco à integridade física, nos termos da própria Lei Complementar.

O impacto dessa nova exigência é evidente, e consiste na exigência de que os segurados passem mais tempo trabalhando em atividades ditas “especiais”. Nesse sentido, afirmam Santos e Ribeiro (2020) que, quanto mais cedo um determinado trabalhador começar a exercer uma atividade especial, mais tempo acabará exposto aos efeitos nocivos desta.

Exemplificam os citados autores que “um segurado que iniciou seu trabalho em condições especiais aos 20 anos de idade, poderia se aposentar aos 45, com a reforma dificilmente se aposentará antes dos 60 anos” (SANTOS; RIBEIRO, 2020, p.16).

A exigência de que o segurado passe mais tempo trabalhando em atividades especiais se complementa pelo fato de que, com a vigência da Emenda Constitucional 103/2019, não poderá o tempo especial ser objeto de conversão.

Com efeito, a conversão do tempo especial em comum, na definição de Castro e Lazzari (2019, p. 650), consiste “na transformação daquele período com determinado acréscimo compensatório em favor do segurado, pois esteve sujeito a trabalho (perigoso, penoso ou insalubre) prejudicial à sua saúde”.

Em outros termos, trata-se de situação que possibilitava que o segurado que exercia atividade especial por um período inferior ao exigido para a aposentadoria especial utilizasse esse período para se aposentar, por exemplo, por tempo de contribuição.

Em decorrência disso, o período de atividade especial exercido era valorizado pela legislação pátria, de forma a compensar os riscos à saúde e integridade física do segurado. Porém, tal situação foi alterada pela Emenda 103/2019, que passou a vedar a conversão do tempo especial em tempo comum. (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Castro e Lazzari (2019) detalham a nova regra, especificando que o tempo de contribuição especial que o segurado detinha anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional ainda poderá ser convertido em tempo comum, referindo-se a vedação apenas aos períodos posteriores à entrada em vigor da EC 103/2019:

Com a entrada em vigor da EC n. 103/2019 (13.11.2019), foi vedada a conversão do tempo especial em comum para períodos trabalhados após a entrada em vigor dessa emenda. Consta do art. 25, § 2º, *in verbis*: § 2º *Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data.* Uma interpretação literal desse dispositivo – “tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde” – pode levar o INSS a entender como necessária a realização de perícia



médica para avaliar se o segurado teve perda da capacidade laborativa ou doença relacionada com o tempo de exercício da atividade especial. Essa exigência seria inconcebível, pois se refere a tempo prestado antes da aprovação da EC n. 103/2019 e violaria duas regras basilares de reconhecimento de tempo de serviço/contribuição relacionada com o princípio *tempus regit actum* (STF, RE 392.559, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 3.3.2006), quais sejam: a) o tempo de serviço/contribuição é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador; e b) a lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço/contribuição não pode ser aplicada retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 651).

Em suma, concluem os referidos doutrinadores que:

Observando a regra de direito adquirido à conversão do tempo especial exercido até 13.11.2019, o RPS no art. 188-P, §§ 5º e 6º (incluídos pelo Decreto n. 10.410/2020) autorizam a conversão sem qualquer impeditivo e reconhecem que a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor à época da prestação do serviço. (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 651).

Todavia, ainda que se preserve o direito dos segurados de converter o tempo especial cumprido anteriormente à Emenda Constitucional 103/2019, é fato que essa modificação possui importantes e nocivas consequências na dinâmica da aposentadoria especial.

Afinal, pode-se concluir logicamente da lição de Castro e Lazzari (2019) que, a partir do momento em que o segurado deixa de ter o direito de converter o tempo especial em tempo comum, o período de atividade especial exercida somente lhe trará alguma vantagem previdenciária caso ele se aposente por meio da aposentadoria especial.

Isso gera a distorção citada por Santos e Ribeiro (2020): conjugando-se tal situação com a exigência da idade mínima, cria-se um cenário em que os segurados podem se ver forçados a exercer atividades com exposição a agentes nocivos por um maior período, especialmente se iniciarem mais cedo no mercado de trabalho.

Assim, considerando que, como exposto anteriormente, o tempo mínimo de contribuição para as atividades especiais é definido com vistas não apenas a compensar o segurado pelos riscos à sua saúde, mas também a evitar a ocorrência de sinistros, o que se tem é a geração de um risco aumentado de prejuízos à saúde e à qualidade de vida dos segurados.

Esse é um dos fundamentos pelos quais se pode debater a inconstitucionalidade das novas regras da aposentadoria especial, como se fará logo mais. Mas cabe destacar ainda outra relevante alteração da Emenda Constitucional 103/2019: a diminuição do valor da aposentadoria, uma vez que:

A partir da entrada em vigor da EC n. 103/2019, ou seja, para quem não implementou os requisitos antes de sua vigência, o valor da aposentadoria especial corresponderá a 60% do valor do salário de benefício (média integral de todos os salários de contribuição), com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição para os homens e de 15 anos para as mulheres. Nos casos de atividades especiais de 15 anos (atualmente apenas mineiros em subsolo em frente de escavação), o percentual de 60% inicia após cumprido esse tempo mínimo, tanto para homens como para mulheres. (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 649).



Para fins de comparação, esclarecem Castro e Lazarri (2019) que, desde o ano de 1995 e até a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, o valor da aposentadoria especial era de 100% do salário de benefício, o qual era calculado por meio da média dos maiores salários correspondentes a 80% do período de contribuição, desde que posteriores a 1994, sem aplicação do fator previdenciário.

Como se verifica, portanto, houve considerável redução do valor da aposentadoria especial, o que prejudica os segurados. Diante disso, observa-se que essa alteração pode ter o mesmo impacto das demais modificações: o incentivo, ainda que indireto, para que os segurados permaneçam por mais tempo exercendo atividades especiais, aumentando-se o risco de adoecimento precoce e de sinistros até então evitáveis.

Nessa conclusão, se pode constatar que decorre da própria lógica da previsão legal. Afinal, como retro citado, a disposição da Emenda Constitucional 103/2019 é no sentido de que quanto mais anos o segurado tiver trabalhado em atividades especiais, maior será o valor da sua aposentadoria. (BRASIL, 1988).

Portanto, compulsando-se três das principais modificações ocorridas no âmbito da aposentadoria especial, observa-se que a Emenda Constitucional 103/2019 parece caminhar no sentido contrário à legislação anterior sobre o tema.

Vale ressaltar que enquanto as antigas regras tinham uma finalidade protetiva, buscando limitar o período de sujeição dos segurados a agentes nocivos e evitar seu adoecimento, as novas disposições acabam tendo o efeito contrário, já que, direta ou indiretamente, incentivam que esses segurados exerçam tais atividades por um período maior de tempo. E é esse o motivo pelo qual a presente pesquisa levanta o debate sobre sua constitucionalidade.

### **3. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES DA EMENDA 103/2019 QUANTO À APOSENTADORIA ESPECIAL**

Antes de abordar os fundamentos pelos quais se pode verificar a inconstitucionalidade da aposentadoria especial frente ao direito à saúde e à redução dos riscos inerentes ao trabalho, assegurado constitucionalmente aos segurados, cabe realizar breve explanação sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade e sobre os questionamentos já realizados acerca do tema junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse sentido, destaca-se que a ferramenta de controle de constitucionalidade usada para questionar a validade das disposições atinentes à aposentadoria especial é Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Tal instituto está previsto no art. 102, I, a, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), quando esta dispõe que cabe ao STF, entre outras competências, “processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (BRASIL, 1988).

O referido instituto tem como objetivo impedir que uma norma contrária à Constituição Federal permaneça em vigor. Nesse sentido, define Padilha (2019, p.177), que “a ADI é a ação de controle abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem por fim declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese federal, estadual e distrital no exercício de competência legislativa estadual”.

Na mesma esteira, se pode destacar que na lição de Vicente e Alexandrino (2017), os quais explicam que o objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade é a análise da validade de uma lei, visando ao reconhecimento da invalidade da lei que infringir regras e princípios da CF/1988.



E quanto à constitucionalidade das novas normas referentes à aposentadoria especial, cabe destacar que esse questionamento não é restrito à presente pesquisa, ou mesmo ao âmbito acadêmico. Na realidade, o tema já foi levado ao STF, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Especificamente, se trata da ADI 6309, protocolada em 31/01/2020 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI), e que possui como relator o Min. Roberto Barroso. Tal ADI questiona a constitucionalidade das alterações da EC 103/2019 quanto à aposentadoria especial, com foco em uma das modificações abordadas presente na pesquisa: a exigência de idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, que a CNTI defende ser inconstitucional.

E, em que pese ainda não se tenha o posicionamento definitivo do STF sobre a questão, parte da doutrina já advoga pela inconstitucionalidade dessas alterações, o que é relatado, por exemplo, por Cunha (2019). Nessa esteira, um dos argumentos que podem ser utilizados para fundamentar tal inconstitucionalidade é o que se está abordando: o prejuízo à saúde do trabalhador decorrente das alterações constitucionais promovidas.

Com efeito, destaca-se que são vários os dispositivos constitucionais que protegem a saúde dos cidadãos. Em início, pode-se citar a previsão do direito à saúde como um direito fundamental social constante no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Ainda, merece destaque o detalhamento das regras da prestação do serviço público de saúde, constantes no título da Ordem Social, em que se afirma, no art. 196, que “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” (BRASIL, 1988).

E, mais do que uma proteção à saúde de todos os cidadãos, os dispositivos constitucionais demonstram a preocupação da Carta Maior também com a saúde no ambiente de trabalho. Nesse sentido, de acordo com o art. 7º, inciso XXII, da CF/1988, um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais é a “redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, conceito esse que abrange o meio ambiente do trabalho. (BRASIL, 1988).

Diante disso, consideradas as referidas disposições constitucionais, não restam dúvidas de que a saúde e integridade física do segurado são alguns dos seus mais importantes direitos fundamentais. E são exatamente esses direitos que Castro e Lazzari (2019) entendem afrontados pelas alterações trazidas pela Emenda Constitucional 103/2019, mormente pela exigência de uma idade mínima para a aposentadoria especial.

De acordo com esses doutrinadores:

A definição da idade mínima constou do art. 19, § 1º, sendo fixada provisoriamente em 55, 58 ou 60 anos, a depender do tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos, respectivamente. No futuro, esses requisitos serão disciplinados por lei complementar.

Entendemos que não se mostra condizente com a natureza dessa aposentadoria a exigência de idade mínima para a inativação. Isso porque esse benefício se presta a proteger o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas e sujeito a um limite máximo de tolerância com exposição nociva à saúde.



No passado, já houve a fixação da idade mínima de 50 anos para a concessão da aposentadoria especial, a qual constava do art. 31 da Lei n. 3.807/1960, o qual foi revogado pela Lei n. 5.890/1973.

Basta imaginar um mineiro de subsolo em frente de escavação que começa a trabalhar com 21 anos de idade e, após 15 anos de atividade, cumpre o tempo necessário para a aposentadoria. Como estará com 36 anos de idade, terá que aguardar até os 55 anos para se aposentar. Com mais alguns anos de trabalho, além dos 15 previstos como limite de tolerância, estará inválido ou irá a óbito, em virtude das doenças respiratórias ocupacionais, tais como asma ocupacional, pneumoconiose e pneumonia de hipersensibilidade. (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 629).

A argumentação de Castro e Lazzari (2019) se relaciona diretamente com o que já foi abordado anteriormente na pesquisa: a finalidade da aposentadoria especial, enquanto benefício compensatório do risco a que o segurado esteve sujeito quando estava na atividade e enquanto mecanismo de prevenção do adoecimento precoce, é descaracterizada quando se passa a exigir uma idade mínima para a aposentadoria.

Seguindo raciocínio semelhante, Santos e Ribeiro (2020, p 16) também entendem que a exigência de uma idade mínima seria inconstitucional:

Esta é uma modalidade de aposentadoria cuja finalidade principal é retirar o segurado mais cedo do labor inadequado a fim de que sua saúde e integridade física não sejam comprometidas. Nesta linha argumentativa Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari (2017, p. 745) ensinam que “a aposentadoria especial é 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 à integridade física”. Em colisão com o objetivo primordial do benefício que decorreu das normas protetivas do trabalhador, a Emenda Constitucional nº 103 de 2019, no art. 19, parágrafo 1º, I, transcendeu os limites dos princípios de proteção à dignidade do trabalhador, ofendendo sua cidadania ao estabelecer uma idade mínima como requisito obrigatório para que haja direito ao benefício.

Como se observa, o fundamento utilizado para defender a inconstitucionalidade da alteração é justamente o citado acima: o prejuízo aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física dos segurados, o qual caminha na direção contrária da prevenção dos riscos inerentes ao trabalho e, por ofender direitos fundamentais de grande importância, acaba afrontando também a dignidade humana desses segurados.

Outrossim, ampliando a base teórica da discussão, Cunha (2019) defende que, em razão da afronta a esses direitos, haveria também violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Nesse contexto, cumpre observar que o princípio da vedação ao retrocesso social está implícito na Constituição Federal de 1988, e estabelece um dever de proteção aos direitos fundamentais já adquiridos, dispondo que as futuras alterações legislativas não podem reduzir ou extinguir esses direitos a ponto de atingir seu núcleo essencial.

Nesse cenário prejudicial à saúde do trabalhador/segurado, a doutrinadora entende ocorrer que quando se passa a exigir uma idade mínima para fruição da aposentadoria especial, há a limitação do direito à aposentadoria e, além disso, prejuízo aos demais direitos fundamentais já citados (CUNHA, 2019).

Com base nessa tese, desenvolve Cunha (2019, p. 44-46) um raciocínio acerca do diálogo entre a aposentadoria especial e os direitos à saúde, à redução dos riscos inerentes ao trabalho e à dignidade humana, bem como do impacto das alterações



promovidas pela Emenda Constitucional 103/2019 nesse diálogo:

Por ser um direito consagrado na Constituição Federal, a aposentadoria especial permite que os segurados expostos a ambientes nocivos com elevada chance a adoecimento e perigo de vida, obtenham uma forma de aposentadoria especial, diferenciada por tais motivos (...) tem proteção constitucional, com amparo no princípio que garante o direito de tratamento diferenciado para os segurados especiais, sendo este o princípio da isonomia, tem garantido o direito a saúde e dignidade da pessoa humana (...) Sendo assim, com a modificação dos direitos previdenciários exigindo o aumento de tempo de contribuição e a idade mínima para a concessão de algum benefício, tem por resultado a punição da pessoa humana. Com base nas opiniões dos autores, é possível notar que a PEC N° 6 e as alterações propostas para a aposentadoria especial violam os direitos fundamentais dos segurados

Tendo por base esse entendimento, verifica-se que a análise da questão frente ao princípio da vedação ao retrocesso social oferece importante complemento para a tese levantada nesta pesquisa. Isso porque o que se verificou anteriormente é que, com a nova regra, o trabalhador passa a estar exposto por muito mais tempo a agentes prejudiciais à saúde, a exemplo de altos índices de ruídos, da exposição a poeira, e do contato com agentes biológicos como bactérias e vírus, entre outras situações nocivas.

Nesse cenário, observou-se que há um aumento no tempo que os segurados passarão expostos a esses agentes apenas em decorrência da instituição de uma idade mínima para a aposentadoria. E, para além disso, verificou-se também que, conforme explanado por Castro e Lazzari (2019), houve ainda a redução do valor da aposentadoria.

Assim, se anteriormente o trabalhador poderia se aposentar com 100% (cem por cento) do valor do salário de benefício após 15, 20 ou 25 anos, atualmente receberá apenas 60% (sessenta por cento), acrescidos de 2% (dois por cento) por ano a mais de trabalho, além do mínimo exigido, que o segurado precisará trabalhar para aumentar seus proventos.

Como decorrência lógica do aumento do tempo de exposição do segurado a agentes nocivos, não há quaisquer dúvidas de que as novas regras para a concessão da aposentadoria especial prejudicarão a saúde do segurado, bem como contribuem para o adoecimento precoce deste, violando desta feita, diretamente a disposição do art. 7º, inciso XXII<sup>2</sup>, do texto constitucional.

Além disso, considerando a vedação da conversão do tempo especial em tempo comum, pode-se argumentar ainda que a valorização do tempo de atividade especial restou praticamente inviabilizada, pois este só beneficiará o segurado caso a aposentadoria se dê na modalidade especial.

Em outros termos, o segurado precisará efetivamente trabalhar até a idade mínima de aposentadoria para que a atividade especial exercida por ele possua alguma repercussão previdenciária, o que pode ser inviável em algumas situações.

Nesse sentido, é relevante ressaltar a reflexão proposta por Castro e Lazzari (2019), que denota bem como a aposentadoria pode se tornar impossível para determinados segurados, os quais, a depender da nocividade da atividade exercida, correrão grave risco de restar inválidos ou mesmo vir a óbito antes de conseguirem se aposentar.

A esse título, sustentam os referidos doutrinadores:

---

2. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (BRASIL, 1988).



Basta imaginar um mineiro de subsolo em frente de escavação que começa a trabalhar com 21 anos de idade e, após 15 anos de atividade, cumpre o tempo necessário para a aposentadoria. Como estará com 36 anos de idade, terá que aguardar até os 55 anos para se aposentar. Com mais alguns anos de trabalho, além dos 15 previstos como limite de tolerância, estará inválido ou irá a óbito, em virtude das doenças respiratórias ocupacionais, tais como asma ocupacional, pneumoconiose e pneumonia de hipersensibilidade (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 629).

Portanto, analisadas as disposições da EC 103/2019 à luz dos fundamentos constitucionais supracitados, chega-se à conclusão de que suas alterações na aposentadoria especial promovem evidente retrocesso social na redução dos riscos inerentes ao trabalho e, por consequência, na proteção da saúde e da qualidade de vida dos segurados.

Isso porque, direta ou indiretamente, as mudanças em questão implicam que esses trabalhadores terão de laborar por muito mais tempo em atividades danosas à saúde.

Nesse contexto, é relevante a reflexão de Ladenthin e Schuster (2020), os quais lembram que “um trabalhador passa a maior parte do seu tempo dentro de uma empresa. Sendo esse ambiente hostil e prejudicial à sua saúde, isso implicará em consequências nefastas na sua vida pessoal, social e profissional”.

Com efeito, é evidente que, caso um determinado segurado necessite passar a vida trabalhando em atividades que prejudicam sua saúde, a exemplo da mineração, esse segurado provavelmente desenvolverá problemas de saúde, que prejudicarão não apenas a sua vida laboral, mas também a sua vida social e pessoal e, em última instância, a sociedade como um todo.

Portanto, verifica-se que as novas disposições da aposentadoria especial, ao prolongar a exposição dos trabalhadores a agentes prejudiciais à saúde, prejudicaram o atendimento do objetivo principal do benefício: a promoção da sua saúde e integridade física.

É por este motivo que, por exemplo, Santos e Ribeiro (2020) entendem que a Emenda Constitucional 103/2019 gera uma colisão entre a nova aposentadoria especial e os direitos fundamentais, e que Cunha (2019) denuncia a ocorrência de retrocesso social.

Ao estabelecer exigências como a idade mínima para concessão do benefício, a citada emenda constitucional descaracterizou a principal função da aposentadoria especial e contribuiu para a piora da segurança no trabalho e para o aumento do adoecimento precoce, o que, portanto, permite concluir por sua inconstitucionalidade nesse aspecto.

Em 31/01/2020 a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) ajuizou a Ação Direta De Inconstitucionalidade 6309 contra a emenda Constitucional 103/2019 em razão da idade mínima para a concessão da aposentadoria especial para segurados que trabalham expostos a agentes prejudiciais à saúde, tendo como relator o Min. Roberto Barroso e até o momento não julgada.

## **PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

A presente pesquisa se originou durante o estágio dessa pesquisadora, que, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019, passou a presenciar as dificuldades dos segurados com relação à obtenção de sua aposentadoria, mormente quanto ao período adicional que precisaram ficar expostos a agentes prejudiciais à saúde.



Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, e nas palavras de Lozada (2019, p. 133), “é um tipo de investigação voltada para as características qualitativas do fenômeno estudado, considerando a parte subjetiva do problema”.

Vale ressaltar que a referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e o avanço no conhecimento e interpretação da realidade, entendendo ser adequada a uma pesquisa realizada no âmbito jurídico.

Ainda, a pesquisa realizada pode ser classificada como bibliográfica, assim entendida aquela que, na definição de Marconi e Lakatos (2017, p. 33), é realizada “com base em textos, como livros, artigos científicos, ensaios críticos, dicionários, enciclopédias, jornais, revistas, resenhas, resumos”.

Assim, se pode concluir que tais referências são condizentes com finalidade da presente pesquisa, na medida em que se busca conhecer os argumentos que sustentam a tese de inconstitucionalidade das alterações da Emenda Constitucional 103/2019 quanto à aposentadoria especial.

Ainda, cabe destacar que se trata de pesquisa documental, ao acrescentar e considerar documentos jurídicos. Nessa esteira, segundo Marconi e Lakatos (2017, p.193) “documentos jurídicos constituem uma fonte rica de informes do ponto de vista sociológico, mostrando como uma sociedade regula o comportamento de seus membros e de que forma se apresentam os problemas sociais”.

Desta forma, entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste, algo igualmente adequado para a presente temática, que trata de tema atual e complexo, o qual envolve não apenas o direito previdenciário, mas também o direito constitucional.

Registra-se que o método dedutivo, como forma de explicitar a verdade, é o caminho por meio do qual é possível o atingimento de um resultado pré-determinado. O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis. (LOZADA, 2019).

Por fim, se observa que a presente pesquisa será explicativa, pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. Lozada (2019) enfatiza que a pesquisa explicativa aparece como resultado das generalizações gradativas de proposições existentes na teoria de níveis inferior, uma vez que, ao se investigar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 103/2019, se objetiva, por decorrência lógica, entender os fundamentos que justificam essa inconstitucionalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa teve como objetivo geral analisar a inconstitucionalidade da reforma previdenciária no que tange à aposentadoria especial. Para tal finalidade, partiu-se da seguinte questão de pesquisa: é possível a inconstitucionalidade da reforma previdenciária no que tange à aposentadoria especial?

Após o término dos estudos, se pode constatar que o objetivo geral foi atingido, uma vez que se conseguiu, por meio do atendimento dos objetivos específicos, responder à questão da pesquisa proposta.

Nessa esteira, destaca-se que, para realizar o artigo, partiu-se da hipótese de que, com a reforma da previdência, o segurado deixou de ter apenas como requisito os anos trabalhados e passou a ter que atingir a idade mínima para aposentadoria, exigência que fará com que ele fique exposto por mais tempo a agentes nocivos.



Portanto, a hipótese do trabalho é de que, é, sim, possível considerar a reforma previdenciária inconstitucional quanto à aposentadoria especial, pois ela violaria o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, constante no art. 7º, XXII, da CF/1988.

E tal hipótese se concretizou, uma vez que a conclusão obtida após o desenvolvimento do artigo é de que existe inconstitucionalidade nas novas regras da aposentadoria especial, decorrente do fato de que estas afrontam o dispositivo supracitado ao incentivar o trabalho em atividades especiais por um maior lapso de tempo.

De fato, se verificou que tal situação prejudica a saúde dos trabalhadores e aumenta os riscos de adoecimento precoce, motivo pelo qual se verifica retrocesso na proteção social.

Nesse diapasão, tem-se que o desenvolvimento do primeiro objetivo específico evidenciou que, anteriormente à Emenda Constitucional 103/2019, as regras da aposentadoria especial eram direcionadas para uma clara finalidade: proteger os segurados que trabalham em atividades envolvendo agentes nocivos à saúde.

Por conta dessa finalidade, justifica-se que a aposentadoria por tempo especial tivesse certas peculiaridades, como a exigência de um período menor de contribuição e a dispensa do atingimento de uma idade mínima. Afinal, tais peculiaridades permitiam que os segurados envolvidos nessas atividades de risco se aposentassem mais cedo, o que cumpria uma função de compensá-los pelo risco à sua saúde, bem como evitar a ocorrência de sinistros.

Todavia, verificou-se que a Emenda Constitucional 103/2019, ao alterar as regras da aposentadoria especial, passou a exigir o cumprimento de uma idade mínima para a concessão do benefício, vedou a conversão do tempo especial em tempo comum e reduziu o valor da aposentadoria de 100% (cem por cento) para 60% (sessenta por cento) do salário de benefício, permitindo seu aumento caso o empregado exerça as atividades por mais tempo do que o mínimo legal.

Em razão disso, as novas regras possuem como principal consequência o incentivo e a exigência de que os segurados desempenhem as atividades consideradas especiais por um lapso muito maior de tempo do que exerciam quando vigentes as regras antigas.

Assim, desenvolvendo-se o segundo objetivo específico, observou-se que as modificações trazidas pela reforma previdenciária aumentaram a sujeição dos segurados aos riscos inerentes ao trabalho, aumentando os riscos de adoecimento precoce.

Em suma, houve uma diminuição da proteção à saúde desses trabalhadores. Considerando tais fatos, foi possível realizar a análise acerca da constitucionalidade das alterações proposta pelo terceiro objetivo específico, ao final da qual chegou-se à conclusão de que a diminuição da proteção conferida aos segurados especiais não se coaduna com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Diferentemente disso, a Constituição Federal confere especial proteção ao direito à saúde, tanto em âmbito geral quanto especificamente com relação ao ambiente de trabalho. Assim, o direito fundamental previsto no art 7º, XXII, da Carta Maior exige o aumento da proteção social aos trabalhadores, e não a redução desta.

É por esse motivo que se conclui pela inconstitucionalidade das alterações promovidas pela reforma previdenciária na aposentadoria especial. Tais alterações, como exposto, apenas fragilizam a proteção previdenciária aos segurados que trabalham com exposição a agentes nocivos, chegando a inviabilizar a conquista da aposentadoria especial em alguns casos, o que não se coaduna com a CF/1988 e, logo, implica em



grave retrocesso social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 3.807. **Lei Orgânica da Previdência Social**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1960.

BRASIL. Lei 8.213. **Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1991.

BRASIL. Lei 9.032. **Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adi 6309 nº 0085758-57.2020.1.00.0000**. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA - CNTI. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Brasília, 31 jan. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

CUNHA, Patricia Girardi da. **As alterações proposta no projeto de Emenda Constitucional Nº 6/2019: uma análise sobre o estabelecimento da idade mínima para aposentadoria especial face ao princípio da vedação do retrocesso social..** 2019. 54 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7576/1/PATRICIA%20GIRARDI%20DA%20CUNHA.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

CHAVES, Neide da Costa Fernandes; MENDES, Raquel de Lima. **A aposentadoria especial: Uma análise do benefício antes da reforma previdenciária**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, São Paulo v. 05, n. 01, p. 38-65, jan./mar. 2020.

FREITAS, Fernanda Rafaela Maia de. **Reforma previdenciária: uma análise da proposta de emenda à constituição nº 06/2019 e seu impacto sobre a vida do trabalhador**. 2019. 31 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas Curso de Direito, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, 2019. Disponível em: [https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/3421/2/FernandaRMF\\_ART.pdf](https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/3421/2/FernandaRMF_ART.pdf). Acesso em: 04 set. 2020

LADENTHIN, Adriane Bramante; SCHUSTER, Diego Henrique. **Reflexões sobre a aposentadoria especial na EC 103/2019**. Revista de Direito do Trabalho | vol. 210/2020 | p. 19 - 36 | Mar - Abr / 2020.

LOZADA, Gisele,. **Metodologia científica**. Grupo A, 2019. São Paulo: Editora Fernanda Anflor.



MARCONI, Maria, Marina de Andrade; LAKATOS, E. **Fundamentos de metodologia científica**, 8. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma da previdência - entenda o que mudou**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial de profissionais da área da saúde & contribuintes individuais**. Curitiba: Editora Juruá 2018.

SANCHEZ, Adilson ...[et al.]. **Reforma da Previdência EC 103/2019**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **A reforma da previdência social e os direitos de cidadania dos segurados**. Revista Jurídica, [S.I.], v. 3, n. 60, p. 223 - 249, ago. 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Sinopses jurídicas v 25 - Direito previdenciário – verificado**, 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Sinopses jurídicas v 25 - Direito previdenciário**. São Paulo: Editora Saraiva 2018.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**, 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.



## A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA FORMAÇÃO DAS POLÍCIAS NA SELETIVIDADE PENAL

Diany Boing<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo busca realizar uma análise crítica da influência da mídia tradicional na seletividade penal, bem como das implicações da formação policial, que, por não estar pautada sob um viés democrático, também contribui para a seletividade de alguns indivíduos em detrimento de outros. O estudo também investiga as origens dessa seletividade no Brasil, com ênfase na influência do período escravocrata e o quanto esse passado ainda permeia não apenas as instituições policiais de repressão, mas também o próprio Judiciário e a sociedade em geral. Por fim, o estudo analisa o poder da mídia tradicional em perpetuar essa seletividade para toda a população.

**Palavras-chave:** Seletividade penal. Mídia. Programas policiais. Populismo. Formação das polícias. Racismo.

**Abstract:** The present article seeks to conduct a critical analysis of the influence of traditional media on penal selectivity, as well as the implications of police training, which, due to its lack of a democratic foundation, also contributes to the selectivity of certain individuals over others. The study also investigates the origins of this selectivity in Brazil, with an emphasis on the influence of the slavery period and how this past continues to permeate not only repressive police institutions but also the Judiciary and society in general. Finally, the study examines the power of traditional media in perpetuating this selectivity across the population.

**Keywords:** Penal selectivity. Media; Police programs. Populism. Police training. Racism.

### INTRODUÇÃO

A seletividade penal, embora fenômeno sempre presente na sociedade brasileira, apenas recentemente vem lançando luzes sobre uma prática comum herdeira de uma sociedade escravocrata e com tendências à aporofobia. Essa prática está presente tanto nos órgãos propriamente ditos de repressão, como a polícia, mas também no Ministério Público e no Judiciário. Em verdade, trata-se de fenômeno difuso, que se espraia por largos setores de nossa sociedade.

Investigar algumas dessas causas e, se possível, apontar algumas soluções a esse problema é assunto que, certamente, poderia ser investigado em trabalhos de maior fôlego e hierarquia acadêmica. Temos, porém, que podemos de alguma maneira contribuir, não para exaurir o assunto, mas para diagnosticá-lo de forma adequada.

No Brasil, em especial a partir do surgimento das comunicações de massa, a mídia passou a escancarar essa seletividade que esteve sempre presente, notadamente a partir de programas de televisão que explicitamente estimulavam a violência policial e a violação da proteção básica aos direitos fundamentais. Para além de sua repugnância num sentido moral, isso fere explicitamente dispositivos da Constituição, como adiante se verá.

Tudo isso deve ser agregado aos estudos criminológicos referentes à seletividade penal. Dessa forma, o diálogo entre saberes autônomos, pela interdisciplinaridade, será intensificado.

---

1. Advogada, especialista em Ciências Penais e Segurança Pública pela Faculdade Guilherme Guimbala (FGG) e Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Legale. E-mail: dianyboing@hotmail.com.



## 1. CAUSAS HISTÓRICAS E ATUAIS PARA INCREMENTO DA SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL

O Direito Penal surge como resultado do desejo de vingança pessoal e coletiva, relacionando a necessidade primitiva de retribuição. Até o século XVII, as punições eram predominantemente físicas. No seu livro “Vigiar e Punir”, Michel Foucault (1987, p. 94) critica esse período argumentando que era necessário adotar uma abordagem diferente para punir, pois a punição dada aos criminosos era uma exibição física da vingança do monarca sobre seus súditos, demonstrando, portanto, a hegemonia daqueles que detêm o poder e ditam as regras. Partindo desta premissa de poder que era demonstrada aos súditos, e com o reforço do iluminismo, em particular de Beccaria (2017), as penas passaram a afigurar-se como um processo de ressocialização dos criminosos.

Um bom exemplo de seletividade afigura-se na Inglaterra, onde o sistema de justiça era dividido em dois tipos de tribunais: Tribunais Reais de Justiça (Royal Courts of Justice), cuja função era julgar nobres e clérigos, e Tribunais de Condado (County Courts), nos quais eram julgados indivíduos comuns de cada região. Costumeiramente, as penas dos menos abastados eram muito mais rigorosas em relação aos integrantes da classe dominante (FREITAS, 2015).

Na Alemanha, durante o período nazista, a seletividade passou a ser ainda mais evidente, já que o reordenamento político e racial da Europa idealizado pelos nazistas, envolvia não somente a perseguição aos judeus, mas também aos povos ciganos, minorias políticas, homossexuais e pessoas consideradas “congenitamente doentes”. Essas minorias foram rotuladas como “associais” e “criminosos por natureza”. As vítimas do nazismo tinham em comum o fato de serem pertencentes a minorias raciais ou categorizadas como “sub-humanos” (CAÍRUS, 2020, p. 198).

Os descabros vividos pelos escravos não foram eliminados com a abolição da escravidão. Os Estados Unidos são um exemplo disso, pois, apesar da abolição em 1860, os estados independentes criaram uma série de leis que discriminavam esses ex-escravos, restringindo seu convívio ou contato com pessoas brancas. Em comparação às pessoas brancas, os negros tinham suas sentenças julgadas de forma mais rígida (CABRAL, 2009, p. 6). A repercussão direta desse cenário foi a luta pelos direitos civis nos Estados Unidos.

Já no Brasil, que foi o último país ocidental a abolir a escravidão, o sistema penal refletia uma profunda disparidade social, demonstrando grande tendência a selecionar seus participantes de acordo com fatores sociais e raciais:

Mesmo anos depois da assinatura da Lei Áurea, negros continuavam a servir seus senhores em troca de comida e repouso. Quase todos passaram a ser marginalizados. Daí para a criminalização foi um salto (YAROCHEWSKY, 2018, p. 199).

As leis aplicadas no período da escravidão buscavam favorecer os interesses da classe dominante. Elas eram aplicadas de forma discriminatória, e os escravizados vivenciavam um completo desalijamento na aplicação das leis, o que persiste na sociedade contemporânea.

A busca pela manutenção do status quo pela elite branca da época era manifesta. Uma evidência disso é a Constituição Imperial de 1824, na qual se garantia a todos a educação primária gratuita, exceto aos escravizados. (ALMEIDA, 2016).



Considerada um marco histórico, a revogação da Lei Áurea não trouxe, entretanto, uma solução para as disparidades sociais que atualmente existem no Brasil. Intimamente enraizadas na sociedade brasileira, as estruturas sociais eram e ainda são racistas. O preconceito espontâneo nas classes dominantes resultou, de forma visível, na falta de perspectivas favoráveis para os ex-escravos, que encontraram um ambiente extremamente árduo, atrapalhando a busca por condições minimamente dignas de vida. (GRANATO, 2021, p. 197).

A abolição da escravatura no Brasil, que ocorreu tardiamente em 1888, apesar de ter sido um marco temporal, não foi determinante para a real experimentação da liberdade pelos ex-escravos. A liberdade aconteceu de forma paulatina e foi constantemente permeada pelos interesses da classe dominante, em que interesses políticos, econômicos e sociais ditavam sua progressão. (GRANATO, 2021, p. 189).

Além disso, visando a reforçar a discriminação e o desamparo daqueles que se viram subitamente entregues às agruras da vida, foi aprovada, logo após 1890, a Lei da Vadiagem. (GRANATO, 2021, p. 197).

A Lei da Vadiagem foi um importante expoente dos estigmas raciais presentes na sociedade brasileira. Ao determinar a prisão de indivíduos rotulados como "vadios", essa lei associou os negros a estereótipos preconceituosos, como malandros, macumbeiros, marginais e avessos ao trabalho. (GRANATO, 2021, p. 196). Prática cultural largamente aceita, a capoeira foi criminalizada no Código Penal de 1890. Essas criminalizações não apenas refletem a marginalização do negro e da sua cultura de origem africana, mas também evidencia uma tentativa de suprimir a sua herança cultural.

Durante a Ditadura Militar de 1964, a seletividade foi agravada pela violência policial e devido a suas concepções autoritárias. O regime militar promoveu grande repressão a movimentos sociais e perseguição política, resultando em um significativo montante de presos políticos no país e do uso de tortura como forma de punição e controle social (GASPARI, 2014).

Um exemplo contundente de perseguição política de minorias, se mostra no extermínio da chamada Guerrilha do Araguaia. Tratava-se de um movimento armado, integrado por militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B). Tal como ocorreu em tantos outros lugares da América Latina, a política governamental quase declarada foi no sentido de impedir que os guerrilheiros saíssem vivos da selva. Cada um que se entregava era sumariamente fuzilado pelos integrantes das forças governamentais (GASPARI, 2014, p. 414 e 415).

Com o período de democratização no Brasil, não se observou uma significativa mudança nesta questão, pois os grupos marginalizados, como negros, pobres, povos originários e moradores de periferias continuaram e continuam sendo os mais visados por políticas de segurança repressivas. E não é só! As políticas de promoção social não alcançam devidamente esses grupos.

Em muitos países a seletividade no processo penal ainda continua sendo um problema que afeta grupos mais vulneráveis da população. No Brasil, o risco de um homem negro ser preso é 1,5 vezes maior do que um homem branco, pois, toda a nossa história foi marcada por desigualdade e discriminação (YAROCHEWSKY, 2018, p. 201).

Por muito tempo, difundiu-se a ideia de que o homem negro é, em essência, maligno e capaz de cometer atos bárbaros. Esses estereótipos deturpados da realidade evidenciam a marginalização e perpetuam o preconceito (CAMPANHA, 2018, p. 23).

Atualmente passou-se a observar este problema com mais afinco. Diversos juristas, como Zaffaroni (2011), destacam a aplicação desigual da lei, a dificuldade no



acesso à defesa jurídica e a violência policial, tanto em inquéritos quanto em abordagens, evidenciando a seletividade penal e o racismo jurisdicional. Isso demonstra a necessidade de uma abordagem mais refletida sobre suas causas.

Atualmente, no Brasil, ainda é possível observar que a lei penal é aplicada de forma desigual, dependendo da etnia do indivíduo. No sistema carcerário, as pessoas brancas são minoria. Em 2022, 67,5% da população carcerária era identificada como negra ou parda, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (INFOGRÁFICO, 2022).

## 2. PARA UM CONCEITO DE SELETIVIDADE

O Estado, dentro de nossa conformação constitucional, tem o dever de exercer o controle social. Apesar disso, quando estabelece os delitos e as penas, não o faz de forma absoluta, precisa obedecer a uma série de princípios que asseguram as garantias mínimas que todo cidadão deve possuir para poder conviver em sociedade (BUSATO, 2017, p. 19 e 20).

O princípio da legalidade constitui um importante suporte do Direito Penal nos sistemas jurídicos de origem latina. Ele estabelece que não pode haver crime nem pena sem uma prévia determinação legal. Isso significa que ninguém pode ser punido por um ato que não esteja expressamente descrito como crime em lei penal anterior à sua prática. O limite do poder de punir do Estado é imposto por esse princípio e deve orientar toda a atuação do poder judiciário nos processos criminais, estabelecendo uma fronteira formal ao poder de ação do legislativo. (BUSATO, 2017, pp. 24-25).

Apesar de constante no caput do art. 5º da Constituição, o princípio da igualdade não é aplicado à totalidade de situações cabíveis. Segundo Nilo Batista e Zaffaroni (2011, pp. 25-26), “na verdade, seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas e integrantes de certos grupos sociais, a pretexto de suas condutas.”

Nesse sentido, o jurista alerta que “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (Estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com fim de impor-lhes uma pena” (BATISTA, 2011, p. 43). Essa seleção penalizante, conhecida como criminalização, não acontece por acaso, mas sim, como resultado da gestão de um conjunto de agências<sup>2</sup> que formam o sistema penal.

Zaffaroni (2011, p. 189) argumenta que: “O direito penal sempre justificou e legitimou — com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) — o tratamento de algumas pessoas como inimigos.” Para esse jurista, é essencial conter a arbitrariedade do poder punitivo do Estado: “A limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre esses mesmos cidadãos não pode ser eficaz” (ZAFFARONI, 2011, p. 191).

Neste sentido, é cediço que alguns grupos sociais ou indivíduos sofrem um tratamento diferenciado do sistema penal e são tidos como inimigos. Diante disso, Nilo Batista e Zaffaroni (2011, p. 76) apontam que “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores mais humildes, criminalizando-as”.

A justiça criminal, ao aplicar suas leis e punições (criminalização primária), acaba produzindo padrões de escolha que não são neutros, tampouco imparciais. Ao contrário

---

2. Os autores utilizam o termo no sentido de agentes promotores da criminalização, tais como Poder Legislativo e polícia.



disso, alguns grupos sociais são mais propensos a se tornarem alvos de ações legais, enquanto outros são tratados de forma mais branda ou até mesmo ignorados. A seletividade penal, abrangendo pessoas vulneráveis, está diretamente relacionada com a criminalização dos negros, uma vez que existem atividades praticadas por pessoas de outras classes sociais e etnias, legalmente puníveis, mas que o sistema penal ignora ou minimiza (TANCREDO, 2018, p. 150).

No mesmo contexto, Zaffaroni (1991, p. 245) ao criticar o poder seletivo do sistema penal, afirma que ele: “elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma”.

É especialmente nas atividades de criminalização secundária, ou seja, nas atividades punitivas exercidas sobre pessoas concretas, que ocorre a seletividade<sup>3</sup>. A capacidade operacional muito limitada das agências de criminalização secundária, em especial as polícias, não deixam muitas opções que não a de atuar de forma seletiva. Diante da vastidão de investigações criminais e da limitação da sua capacidade operacional, as polícias devem realizar uma escolha entre uma atividade pouco resolutiva ou a seleção dos criminosos, optando por essa última (BATISTA e ZAFFARONI, p. 43 a 45).

A repressão policial se manifesta através de abordagens que ocorrem em sua maioria nos espaços urbanos de pobreza, tais como favelas e bolsões de pobreza nas grandes e médias cidades. Consequentemente, é também ali que ocorrem as prisões (TANCREDO, 2018, p. 147).

O entendimento *comum* tende a pensar que a criminalidade se concentra nos segmentos menos favorecidos da sociedade, ou seja que está limitada aos estratos mais baixos da sociedade, como a população pobre e as minorias raciais. Valendo-se disso é que:

O poder punitivo criminaliza selecionando pessoas de estereótipos criminais. Estas funcionam como bodes expiatórios, atenuando a ansiedade provocada na população em geral, em catarse punitiva coletiva e desviando o foco das necessárias formas de remediação dos problemas (TANCREDO, 2018, p. 149 e 150).

O efeito desse “rótulo social”, constantemente aplicado a certos grupos de pessoas, passou a ser estudado na década de 60, quando diversos estudiosos<sup>4</sup> desenvolveram ideias relacionadas ao etiquetamento social e ao impacto que essas rotulações produzem na formação da identidade e comportamento das pessoas. Sua tarefa de pesquisa é examinar os elementos externos ao sistema penal, mas que influenciam na atribuição de criminalidade. Isso inclui, por exemplo, o status social, a capacidade de denúncia, o comportamento social dos suspeitos e das vítimas e as tendências dos agentes do sistema penal (YAROCHEWSKY, 2018, p. 153 e 205).

O estudo da abordagem do *labeling approach*, investiga o papel da etiqueta dada às pessoas, que age como uma barreira invisível que as categoriza em determinados

3. Os autores exemplificam como agentes pertencentes à criminalização secundária os policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários e outros.

4. Vale conferir a contribuição no campo sociológico, respectivamente, de Goffman, Chapman e Becker. Também as Teorias do Conflito, por Vold, Turk, Quinney, Schumman, Selling, Dahrendorf e Coser; a Teoria Crítica de Marx; e ensinamentos da Escola de Frankfurt, com Adorno e Horkheimer.



rótulos sociais. O conceito de etiquetamento social trata os infratores como uma categoria distinta ou separada dos demais cidadãos.

Segundo Becker (2019) se uma pessoa é tratada como criminosa, provavelmente ela acabará se comportando de acordo com essa etiqueta. Em essência, o processo de rotulação funciona como uma profecia anunciada, moldando a identidade de cada indivíduo com base nas percepções e expectativas dos outros sobre suas características (TANCREDO, 2018, p.153).

O âmago desse cenário reside nos alvos da criminalização, já que apenas aqueles sem respaldo social acabam sujeitos à punição legal. Nesse sentido, o estudo da seletividade penal revela que a criminalidade não se restringe à pobreza, ou a um grupo social específico, mas permeia todas as camadas sociais. No entanto, é evidente que certas categorias são expostas à intervenção penal, enquanto outras aparentemente escapam imunes: “verifica-se que a seletividade incide sobre os indivíduos mais vulneráveis, os que não se ajustam aos valores propugnados pelas classes abastadas, pois se inscrevem enquanto marginalizados” (TANCREDO, 2018, p. 169).

Esse mecanismo discriminatório funciona ainda de diversas outras maneiras. Ele se estrutura em abordagens diferenciadas na mídia, na promoção da violência nas redes sociais, na existência de um sistema de formação militar nas polícias, nas escolhas na formulação das políticas públicas repressivas, na ausência de formulação e execução de políticas sociais e até nos padrões fornecidos pelos algoritmos que, supostamente, deveriam auxiliar o Poder Judiciário a promover sua principal função, que é a de distribuir justiça.

### **3. DA FORMAÇÃO DAS POLÍCIAS**

O Brasil viveu poucos períodos de democracia e valorização dos direitos humanos em sua história. A cultura autoritária persistiu no país, tanto nos períodos ditatoriais quanto nos tempos de maior liberdade, especialmente nas instituições que menos incorporam valores ligados aos direitos humanos, como as forças dedicadas à ordem e à paz públicas.<sup>5</sup> (ROLIM, 2006, p. 21).

Há necessidade de formação curricular adequada, com matérias e estudos sobre direitos humanos transmitidos àqueles que exercerão uma função tão relevante como a de zelar pela segurança das pessoas. A necessidade de tais matérias não significa apenas a supremacia de uma visão de mundo mais humanitária e inclusiva, mas sim o cumprimento de uma obrigação constitucional. Afinal, se a Constituição elenca e garante uma série de direitos em seus arts. 5º e 6º, devem eles ser observados e garantidos pelas forças do Estado, em especial as policiais.

Um exemplo ilustra isso de maneira peremptória: a abordagem aos cidadãos de rua. Para alguns, trata-se de simples vagabundos, de gente folgada que não quer trabalhar. Tais pessoas, contudo, devem ser tratadas de um modo que assegure sua liberdade e sua dignidade. Isso mesmo que se trate de dependentes químicos. No chamado Estado-gendarme, o estado policial vigente no século XIX e em boa parte do século XX, a prática policial limitava-se a expulsar ou prender o cidadão que passava frio numa praça.

Num Estado Democrático de Direito, salvo em caso de flagrante delito, a conduta policial deve ser completamente diversa: acolher aquele cidadão e, em caso de

---

5. A autora está ciente das implicações de adoção acrítica da ideia de manutenção da ordem. Não o discute de modo mais aprofundado aqui, porém, em vista da exiguidade do presente trabalho.



necessidade (frio extremo, por exemplo) encaminhá-lo a um abrigo. Isso não significa leniência com comportamentos ameaçadores ou potencialmente criminosos, nem tampouco com a defesa, ora em voga, de internação involuntária de dependentes químicos, sugerida por setores extremistas da sociedade. Nada impede o policiamento ostensivo em qualquer local público. É necessário inteligência e planejamento para uma prática mais contemporânea e consentânea com os valores constitucionais.

A formação deficiente não é exclusividade do Brasil. Susan Neiman (2023, p. 29), numa passagem simples, mas carregada de significado, aponta que, em determinados lugares dos Estados Unidos, a formação de uma cabeleireira leva mais tempo do que a de um policial. Não há aqui nenhum demérito a qualquer atividade, porém a do policial implica em mais responsabilidade e mais perigo.

No Brasil, a questão parece se agravar pela divisão da polícia entre civil e militar<sup>6</sup>. Como já é lugar comum, a formação militar visa a combates, tende a enxergar o outro como um inimigo. Compare-se a prática atual de parte do efetivo policial no Brasil com as lições de Robert Peel, ainda antes da metade do século XIX, quando da criação da polícia inglesa:

O *constable* (policial) deve ser civil e cortês com as pessoas de qualquer classe ou condição. Ele deve ser particularmente atento para não intervir desastrosamente ou sem necessidade, de modo a não arruinar sua autoridade.... Ele deve lembrar que não existe nenhuma qualidade tão indispensável ao policial como uma aptidão perfeita para conservar seu sangue-frio (apud ROLIM, 2016, p. 26).

O Brasil, portanto, pode e deve modificar a formação e a prática de suas polícias. Isso é urgente tanto num sentido jurídico como de melhoria das políticas públicas.

#### **4. AS ABORDAGENS TRADICIONAIS NA MÍDIA E O MECANISMO DE REPRODUÇÃO DA VIOLÊNCIA**

Durante o século XX, o fenômeno dos meios de comunicação de massas ganha primazia nas relações sociais. Primeiro o rádio, e depois a televisão elaboram, produzem e divulgam, para amplas camadas da população, de distintas classes sociais, um conteúdo visando a atingir um número indistinto de pessoas, com uma comunicação mais fácil e acessível. Seu poderio era e ainda é imenso.

A lógica adotada por muitos meios de comunicação é populista, caracterizada pela divisão da sociedade em dois campos simplificados e opostos: “o puro” e “a elite corrupta” (BRUZZONE, 2021, p. 56). Essa exigência, muitas vezes exercida pela mídia, sugere que a agência política deveria refletir diretamente a vontade do povo. No entanto, em um mundo frenético, de mudanças constantes e repleto de desafios, o populismo oferece soluções simples para problemas complexos, que podem polarizar a opinião pública e delimitar os inimigos para a sociedade (BRUZZONE, 2021, p. 60).

As agências de comunicação social, que correspondem às rádios, televisão, mídia impressa, e a mais atual de todas, a mídia online, são regidas por relações de concorrência entre as demais agências do sistema penal. A principal concorrência ocorre com a agência política, já que as comunicações sociais pressionam lideranças políticas, candidatos, aspirantes a cargos políticos através dos lucros com publicidade, mercado de audiência e formação de opinião. A agência de comunicação possui os meios para efetuar

---

6. Há ainda, como sabemos, a polícia penitenciária.



o reclamo para resolução de problemas sociais, muitas vezes, através da cobrança por atitudes mais repressivas promovidas pelo Estado (NILO e ZAFFARONI, 2011, p. 61).

Isso posto, é inegável a influência que a mídia possui, principalmente em relação à agência política, podendo, inclusive, influenciar em decisões do governo. Dentre os programas de maior acesso, interesse popular e formação de opinião, destacavam-se os chamados programas policiais e as novelas.

Esses programas policiais constituíam-se, em essência, de dois vieses: a) estímulo à violência exercida pela polícia; b) marginalização de comunidades pobres. A violência das forças de segurança, representantes do Estado, era e ainda é reflexo de uma sociedade pouco acostumada às regras do Estado de Direito. A longa escravatura, os períodos ditatoriais do Estado Novo (1930-1945) e da ditadura civil-militar instaurada em 1964 contribuíram para o pouco enraizamento dos direitos fundamentais.

Também nas novelas, até os anos 90, pobres e negros tinham papéis de submissão bem definidos. Tudo isso servia de estímulo à reprodução do preconceito, num tempo em que o rádio e a TV definiam o sentimento nacional.

Além disso, programas de auditório manifestavam-se abertamente de forma racista. O exemplo de Silvio Santos elegendo uma loira, num suposto concurso de beleza em que uma mulher negra havia sido selecionada pela plateia, é emblemático (YOUTUBE, 2019). Como sintetiza José Arbex Jr. (2003, p. 386), “a mídia não apenas propaga a violência como constitui, ela própria, um componente da violência organizada pelas elites contra a nação.” E nesse contexto, aponta Arbex, ao escamotear os dados de pobreza e de ausência de infraestrutura nas favelas, a mídia mostrava a violência como “um dado da natureza”, algo causado por razões raciais ou genéticas. Com frequência, os atores de ações violentas são negros ou “mulatos”. Tudo isso reforça, claro, o racismo. Não se explicita que “negros não são violentos por serem negros, mas por serem vítimas preferenciais da discriminação social e racial” (ARBEX JR., 2003, p. 387).

Note-se que os jornalistas também têm um papel importante na formação do público: “o conhecimento do mundo passa a ser vinculado ao conhecimento da seleção temática levada a cabo pelo jornal” (BARROS FILHO, 2003, p. 179). Ora, tais visões de mundo não são sempre neutras

Programas como Linha Direta, da TV Globo, do Alborghetti, na TV Record, de Jacinto Figueira Júnior, o famoso “Homem do sapato branco”, e tantos outros, contribuíram para a disseminação da violência e do preconceito contra os pobres e contra as periferias das grandes cidades.

Em um relatório do SNI (Serviço Nacional de Informações) de 1980, o governo da época já demonstrava seu descontentamento com esse tipo de programa sensacionalista, em especial o “Homem do sapato branco”. O documento destaca que no programa de Jacinto: “são mostrados casos escabrosos, denúncias, desumanidades, injustiças e reportagens violentas. Se tais assuntos ensejam providências para solucioná-los, a abordagem do apresentador, entretanto, apenas lhes confere sensacionalismo” (SNI, 1980 apud STYCER, 2023, p. 144), o relatório prossegue afirmando que o programa que atingia elevados índices de audiência, apenas explorava a miséria e agravava a situação psicológica dos seus telespectadores.

Além de tais programas específicos, é de se notar que, até o início dos anos 2000, portanto pouco antes do protagonismo exercido pelas redes sociais, a seleção de notícias e a transmissão de conteúdos de formação, no sentido de promoção dos direitos humanos e da busca por uma sociedade mais solidária (objetivo fundamental da República brasileira, conforme o art. 4º da Constituição) era ignorado por setores da



própria imprensa. Arbex Jr. refere um programa social do qual participava a própria polícia de Alagoas, que proporcionou redução sensível da violência em determinada comunidade. Contudo, a setores da imprensa da época esse não era o dado interessante a ser perseguido: "...a imprensa nada divulga sobre essa experiência; em compensação, jornalistas e fotógrafos ficam de 'plantão' cada vez que 'farejam' sinais de violência no ar" (ARBEX JR., 2003, p. 388).

Ao longo dos anos, os meios de comunicação em massa consolidaram uma considerável influência na sociedade. Contudo, essa influência muitas vezes foi permeada pelo populismo, que divide a sociedade em categorias e dita quais as questões que devem ser priorizadas, além de definir quem são os inimigos da sociedade.

Como vivemos em um mundo onde a mídia desempenha um papel central na formação da opinião pública, os programas populares que frequentemente disseminam preconceitos e estereótipos acabam prestando um desserviço à população. Desse modo, é importante manter uma postura crítica em relação a esses programas e buscar diferentes fontes de notícias para obter uma compreensão mais completa dos fatos noticiados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise histórica, é possível observar que a seletividade penal sempre existiu. Desde o surgimento do Direito Penal, permeado por princípios de vingança, até os tempos atuais, em que vivemos uma sistematização e institucionalização dessa seletividade, nota-se que o sistema de justiça está impregnado por discriminações raciais e sociais, que selecionam os indivíduos de acordo com esses fatores.

Dentre as causas da seletividade penal, buscou-se entrelaçar temas que, via de regra, são abordados de modo separado e estanque. Nesse sentido, destacou-se uma tradição de ênfase e sustentação da seletividade por parte da mídia tradicional, ainda antes deste conceito ser adequadamente forjado, no período compreendido entre a introdução do rádio, nas primeiras décadas do século XX, até a introdução e predomínio da televisão, que perdurou até cerca de 2015 no Brasil.

Um estudo sobre seletividade não poderia ser abordado de modo coerente sem uma visão sobre a formação e prática cotidiana das instituições policiais. São as polícias as primeiras responsáveis pelo contato do Estado com os cidadãos. Enfatiza-se aqui a necessidade de tomada de consciência de que o Estado e suas instituições não podem se comportar e adotar práticas de conduta discriminatórias idênticas às dos particulares.

Enfim, esse trabalho buscou oferecer uma visão panorâmica da seletividade penal, situando-a no contexto contemporâneo do Brasil e investigando brevemente algumas de suas causas. Destaca-se que é fundamental reconhecer que a construção de um Estado democrático de Direito requer uma constante reflexão e ação para combater práticas discriminatórias e promover uma sociedade mais igualitária e justa para todos os cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de e SANCHEZ, Livia. **Os negros na legislação educacional e educação formal no Brasil**. Publicado em: 2016. Disponível em:

[https://www.google.com/url?](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj76931reqDaxWFr5UCHZh2DR)

[sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj76931reqDaxWFr5UCHZh2DR](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj76931reqDaxWFr5UCHZh2DR)



AQFnoECA4QAw&url=https%3A%2F%2Fwww.reveduc.ufscar.br%2Findex.php%2Freveduc%2Farticle%2Fdownload%2F1459%2F500%2F9866&usg=AOvVaw3FftOKHFv7Pjj5NztdGAeh&opi=89978449. Acesso em 19.jan.2024.

ARBEX JR., José. **Showrnalismo: a notícia como espetáculo**. 2. ed. São Paulo: Casa Amarela, 2002.

BARROS FILHO, Clóvis de e MARTINHO, Luís Mauto Sá. **O habitus na comunicação**. São Paulo: Paulus, 2003.

BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito penal brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raúl. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BRAGA, Janine de Carvalho Ferreira e SALDANHA, Bianca de Souza. **Capoeira: da criminalização no Código Penal de 1890 ao reconhecimento como esporte nacional e legislação aplicada**. Publicado em: 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7de47452d56d59cf>>. Acesso em 21.jan.2024.

BRUZZONE, Andrés. **Ciberpopulismo: política e democracia no mundo digital**. São Paulo: Contexto, 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017.

COLETIVO CAMPANHA PELA LIBERDADE DE RAFAEL BRAGA VIEIRA. **Rafael Braga: racismo e seletividade punitiva in Seletividade do Sistema Penal: O caso Rafael Braga**. 1 ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2018.

CABRAL, Bruno Fontenelle. Precedentes sobre a escravidão e segregação racial no direito norte-americano de 1839 a 1954. Publicado em: 2009. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31118-34254-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10.mar.2024.

CAÍRUS, Brigitte Grossmann. **Mio vacite: anticiganismo, transnacionalismo e a formação da União Cigana do Brasil in Coletânea de artigos povos ciganos: direitos e instrumentos para sua defesa**. Publicado em: 2020. Disponível em: <[https://www.academia.edu/43150820/BRASIL\\_Minist%C3%A9rio\\_P%C3%ABlico\\_Federal\\_6a\\_C%C3%A2mara\\_de\\_Coordena%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_Revis%C3%A3o\\_Povos\\_ciganos\\_direitos\\_e\\_instrumentos\\_para\\_sua\\_defesa\\_Bras%C3%ADlia\\_MPF\\_2020\\_467\\_p](https://www.academia.edu/43150820/BRASIL_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico_Federal_6a_C%C3%A2mara_de_Coordena%C3%A7%C3%A3o_e_Revis%C3%A3o_Povos_ciganos_direitos_e_instrumentos_para_sua_defesa_Bras%C3%ADlia_MPF_2020_467_p)>. Acesso em: 10.mar.2024.



CAMPANHA, Pela Liberdade de Rafael Braga Vieira. **Rafael Braga: racismo e seletividade punitiva in Seletividade do Sistema Penal: O caso Rafael Braga**. Rio de Janeiro, Revan, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS, Danieli Xavier. **Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico**. Publicado em: 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/formacao-historica-e-caracteres-essenciais-do-sistema-juridico-anglo-saxonico/138425447>>. Acesso em: 11.jan.2024.

GASPARI, Elio. **As ilusões armadas, vol. 2: a ditadura escancarada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GRANATO, Fernando. **Bahia de todos os negros: as rebeliões escravas do século XIX**. Rio de Janeiro: História Real, 2021.

HEGEL, Georg. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

INFOGRÁFICO DO FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Publicado em 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/11/infografico-violencia-desigualdade-racial-2022.pdf>. Acesso em 11.jan.2024.

MORAES, Dênis (org). **Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

NEIMAN, Susan. **Left is not woke**. Cambridge: Polity, 2023.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: Policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

STYCER, Mauricio. **O homem do sapato branco**. São Paulo: Todavia, 2023.

TANCREDO, João, PEDRINHA, Roberta Duboc e SOUZA Taiguara Libano Soares e. **Seletividade no sistema de (in)justiça criminal: o (des)caso Rafael Braga in Seletividade do Sistema Penal: O caso Rafael Braga**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

YAROCHEWSKY, Leonardo I. e NASCIMENTO, Bárbara B. S. do. **Seletividade no sistema de (in)justiça criminal: o (des)caso Rafael Braga in Seletividade do Sistema Penal: O caso Rafael Braga**. Rio de Janeiro, Revan, 2018.

YOUTUBE. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nWi3IPX0K4g>. Acesso em 16.jan.2024.



ZAFFARONI, E. Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. TANCREDO, João, Roberta Duboc Pedrinha e Taiguara Libano Soares e Souza. Seletividade no sistema de (in)justiça criminal: o (des)caso Rafael Braga in Seletividade do Sistema Penal: O caso Rafael Braga. 1 ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2018. P. 147.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.





## A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELA MÍDIA NA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE SOBRE O CASO DA BOATE KISS

Indianara Laurentino<sup>1</sup>  
Izabella Paggi Dresch<sup>2</sup>  
Itamar Luis Gelain<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisou a possível influência da mídia na decisão do Tribunal do Júri no caso da boate Kiss, focando no impacto da cobertura jornalística na formação da opinião pública e na imparcialidade dos jurados. Assim, o objetivo desta pesquisa foi buscar evidências que demonstrassem como a mídia afetaria o veredito proferido no julgamento pelo Tribunal do Júri do predito acontecimento. Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, o qual resultou na confirmação da hipótese de que as informações veiculadas pelas mídias continham o poder de influenciar as percepções e a opinião pública. Em conclusão, constatou-se que a convicção dos jurados foi impactada pelo conteúdo disseminado pela mídia, comprometendo a imparcialidade do julgamento e a presunção de inocência dos acusados.

**Palavras-chave:** Boate Kiss. Tribunal do Júri. Mídia.

**Abstract:** This article analyzed the possible influence of the media on the Jury Court's decision in the case of the Kiss nightclub, focusing on the impact of journalistic coverage on public opinion formation and the impartiality of jurors. Thus, the objective of this research was to seek evidence demonstrating how the media affected the verdict delivered during the trial by the Jury Court regarding the aforementioned event. To this end, a deductive research method was employed, which resulted in the confirmation of the hypothesis that the information disseminated by the media had the power to influence perceptions and public opinion. In conclusion, it was found that the jurors' conviction was impacted by the content spread by the media, compromising the impartiality of the trial and the presumption of innocence of the accused.

**Keywords:** Kiss nightclub. Jury Court. Media.

### INTRODUÇÃO

Na madrugada do dia 27/01/2023, um incêndio devastador na boate Kiss localizada em Santa Maria/RS, resultou na morte de 242 jovens e deixou mais 636 feridos (O GLOBO, 2013). A brutalidade do evento é classificada pelo jornal O Globo como a segunda maior tragédia de incêndio do Brasil em termos de número de vítimas.

A festa, denominada "Aglomerados", foi organizada por estudantes da Universidade Federal de Santa Maria, atraindo um grande público jovem. Aproximadamente às 3h15min, o vocalista da banda Gurizada Fandangueira, Marcelo de Jesus dos Santos, acionou um artifício pirotécnico, "Chuva de Prata 6", cujas centelhas atingiram a espuma altamente inflamável que revestia parcialmente o teto e as paredes da boate, iniciando o incêndio.

O incêndio, causado pela rápida combustão do revestimento inflamável e tóxico, gerou um cenário de pânico e desespero entre os presentes, que tentavam escapar do local. As vítimas, surpreendidas pelas chamas, enfrentaram obstáculos significativos para escapar, pois o estabelecimento dispunha de apenas uma porta de saída, sem sinalização de emergência. Além disso, a superlotação agravou a situação, ultrapassando a capacidade máxima de 600 pessoas permitida.

1. Acadêmica do curso de Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

2. Acadêmica do curso de Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

3. Professor Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor na Escola de Direito e coordenador do Programa de extensão, Pensamento em Movimento do Centro Universitário Católica de Santa Catarina.



Inicialmente, os seguranças impediram a saída do público, exigindo o pagamento das consumações antes de liberarem a saída, que só ocorreu quando a gravidade da situação se tornou evidente. Outras pessoas buscaram abrigo nos banheiros, acreditando erroneamente que ali haveria uma saída emergencial.

Tamanha tragédia recebeu rapidamente forte veiculação midiática. Todavia, esse trágico acontecimento não apenas resultou em perdas irreparáveis, mas também suscitou questões jurídicas relevantes, incluindo a análise do papel da mídia na formação da opinião pública e sua potencial influência nas decisões judiciais, especialmente no contexto do Tribunal do Júri.

Deste modo, a presente pesquisa investiga como as narrativas midiáticas moldam a percepção pública e influenciam as convicções dos jurados, comprometendo a busca por justiça. Esse tema é relevante no contexto atual, onde o direito e as mídias estão cada vez mais interligados.

Antes da pesquisa, já se sabia que a mídia possui um papel importante na construção da opinião pública, muitas vezes antecipando decisões judiciais e criando um ambiente de pré-julgamento. No entanto, a profundidade dessa influência e suas implicações no processo de julgamento, especialmente no rito do Tribunal do Júri, não haviam sido amplamente investigadas.

O problema desta pesquisa é identificar como a decisão do Conselho de Sentença no caso da boate Kiss foi afetada pelas diversas coberturas midiáticas e suas narrativas, questionando assim a justiça em um caso de grande repercussão e dominado pela opinião pública.

Os objetivos específicos incluem apresentar o conceito de mídia e seu comportamento na cobertura do caso, explorar a natureza do Tribunal do Júri e sua aplicação no contexto do caso, e analisar como a influência da mídia afetou a decisão do Júri, considerando as implicações para a imparcialidade do julgamento e o direito à presunção de inocência dos réus.

As bases científicas da pesquisa incluem a metodologia dedutiva, que facilita a construção de argumentos a partir de premissas gerais para chegar a conclusões específicas. Além disso, utiliza-se o método de procedimento monográfico, focado na análise detalhada da influência da mídia nas decisões do Tribunal do Júri, especialmente no caso da boate Kiss.

Para isso, são empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e *ex-post facto*, envolvendo a análise de obras acadêmicas, artigos jurídicos, doutrinas, legislações pertinentes e documentos relacionados ao caso. Essa abordagem metodológica garante um embasamento teórico sólido, permitindo uma análise crítica e fundamentada sobre o impacto da mídia nas decisões judiciais.

A primeira seção da pesquisa explora a relevância da comunicação na sociedade e as transformações provocadas pela *internet*, além da exploração emocional no jornalismo. A análise segue relacionando emoção e razão na cobertura de notícias, destacando a dificuldade de dissociá-las em eventos trágicos. Discute-se também o papel das mídias na cobertura de tragédias, evidenciando a transição de uma abordagem informativa para uma sensacionalista. Por fim, uma análise das manchetes de revistas, revela como a linguagem utilizada molda a percepção pública e muitas vezes responsabiliza os envolvidos sem embasamento adequado.

A segunda seção analisa o procedimento do Tribunal do Júri, demonstrando sua importância constitucional e seu processo bifásico. Também aborda a suscetibilidade e influências externas que o Conselho de Sentença pode sofrer, o que pode comprometer a



imparcialidade do veredito. A seção também detalha o procedimento legal no caso da boate Kiss e a acusação dos réus por dolo eventual em contraste com a defesa, que argumenta culpa consciente, ressaltando a complexidade da responsabilidade penal dos envolvidos.

Por fim, na última seção, analisa-se a possível influência negativa da mídia no julgamento do caso da boate Kiss, enfatizando que sua cobertura sensacionalista compromete a imparcialidade do Tribunal do Júri e viola o direito à presunção de inocência. Essa distorção obscureceu a responsabilidade de outras autoridades e priorizou a condenação imediata dos quatro acusados.

## 1. MÍDIAS, UMA REFLEXÃO SOBRE SUA FINALIDADE E INTERESSES

Segundo Harari (2018), a comunicação constitui uma das necessidades primordiais da espécie humana. Sua manifestação ocorre desde a pré-história, com pinturas e desenhos em cavernas até o desenvolvimento do sistema escrito, há 5 mil anos.

No intuito de satisfazer a primordialidade do contato, a humanidade desenvolve distintas interfaces de mídia, tais como rádio, televisão, *internet*, *mass media* e redes sociais, as quais possibilitam a interação social mediante a geração e compartilhamento de informações (Ciribeli; Paiva, 2011).

Observa-se que o advento da *internet* traz consigo uma significativa mudança na forma da comunicação. O sistema evolui de uma escala global para uma perspectiva individual, proporcionando às empresas e profissionais do setor uma nova perspectiva da área.

Conforme Nicolato (2019), até a década de 1970, o jornalismo é considerado um reflexo da realidade, espelhando fielmente os acontecimentos sociais. Entretanto, com o desenvolvimento midiático, há a exploração do efeito emocional do público, uma vez que se identifica a emoção como fator de fidelidade ao consumo do material produzido por determinada mídia.

Deste modo, partindo do pressuposto do interesse de fidelização do público, compreende-se que a comunicação assume duas vertentes: de informação e de captação, conforme explanação de Charaudeau (2015). O autor argumenta que a fidelidade emocional, é demasiadamente explorada e, para atingir esse efeito, as empresas adotam novas estratégias, tais como dramatizar ou exagerar os fatos. O público se envolve com o fato-drama apresentado, pois vê neles as questões mais obscuras da humanidade.

A construção do impacto emocional que a notícia provoca inicia-se com um evento fático, que primeiramente sofre a interpretação da mídia para atingir seus objetivos e, quando entregue ao destinatário, passa por uma nova reinterpretação a partir da subjetividade daquele que a consome. Alega Hundertmack (2023), que esse processo combina a credibilidade do meio de comunicação com as percepções emocionais dos destinatários.

Hundertmarck (2023) explana ainda que, devido à natureza intrinsecamente dramática de muitos fatos, separar o caráter emocional do informativo na cobertura de tragédias não constitui uma tarefa fácil, muitas vezes, sequer desejada.

Han (2018) alerta que o fator envolvimento emocional do receptor possui grande valia àqueles que confeccionam e difundem a narrativa fática. Nutrir as emoções públicas torna-se uma busca constante do capitalismo midiático.



De modo mais profundo, é possível verificar que durante o processo de fabricação das matérias, a emoção afeta todos os participantes, na visão de Hundertmack (2023), iniciando-se com jornalistas e culminando no público que consome o conteúdo criado.

Todos esses questionamentos relacionados à emoção/razão e subjetividade/objetividade ficam mais latentes em uma cobertura de tragédia em que os fatos são, em sua essência, dramáticos. Como narrar uma situação tão extrema, de ruptura no ciclo natural da vida em que pais perdem filhos jovens e de maneira tão abrupta, sem emoção? De que forma se ela está imbricada nos depoimentos de sobreviventes, de familiares de vítimas e até mesmo de fontes oficiais das quais, normalmente, espera-se uma fala mais objetiva e restrita às provas e dados estatísticos? (Motta, 2016, p. 45).

Segundo a observação de Hundertmack (2023), a magnitude de um evento acarreta o aumento das possibilidades de as mídias construírem narrativas que alcancem o emocional do público-alvo. Eventos causadores de grande repercussão nacional, como as tragédias da Chapecoense, em Santa Catarina, e da boate Kiss, no Rio Grande do Sul, possuem destaque. Esses episódios são acompanhados de perto por jornalistas locais que testemunham o sofrimento dos familiares, a busca pela verdade e a expectativa pelo julgamento. No entanto, ao cobrir um evento de tal envergadura, os meios de comunicação devem, além de assegurar a credibilidade na transmissão da informação, demonstrar sensibilidade emocional na confecção de suas narrativas.

Nesse ensejo, o documentário “O dilema das redes”, produzido por um canal de *streaming*, lança os holofotes a outros fatores que permeiam o jogo midiático. Cada anúncio, propaganda, notícia ou outra forma de expressão é elaborado com intencionalidade para captar a atenção do público (ORLASKI, 2020). Em determinada cena, o documentário apresenta uma analogia em que as mídias se comparam a um ilusionista que solicita a uma pessoa aleatória que escolha uma carta. No entanto, o selecionado ignora que o ato é previamente orquestrado para que a carta escolhida corresponda àquela já selecionada pelo mágico. Isso implica que as mídias orientam o público a responder emocionalmente da maneira que melhor responda a seus interesses.

O esforço das mídias para transfigurar a realidade em algo mágico e consumível decorre da assertiva de que a “verdade é chata”, conforme exposto pelo psicólogo social Jonathan Haidt, no referido documentário. Vê-se, assim, que os fatos não são atraentes em si, necessitando, portanto, ser narrados de maneira a captar a atenção do público (O Dilema das Redes, 2020).

Ao suscitar emoções, as mídias não afetam apenas uma pessoa isoladamente, mas a narrativa veiculada impacta um vasto público, capaz de direcionar e formar a opinião popular. Para o sociólogo Pierre Bourdieu (2013), se não fosse essa capacidade de influência, se restringiriam a um mero conjunto de crenças pessoais.

Embora inexista qualquer espécie de vínculo entre as pessoas, eles se conectam por essa opinião, desenhada para ser comum a todos. Para Santaella (1995), esse fenômeno caracteriza o auge da comunicação em massa, evidenciando a capacidade de um único emissor se dirigir a diversos receptores situados em distintos espaços geográficos e sociais, sem qualquer conexão entre si.



À vista disso, entende-se que uma mesma notícia compartilhada pode gerar diversas interpretações, no entanto, quando transmitida de forma tendenciosa é possível que a população seja, de maneira geral, induzida a chegar em uma mesma conclusão sobre os fatos (Bourdieu, 2013, p. 31).

Esse cenário não escapa à atenção do ordenamento jurídico pátrio, que, em paralelo à evolução das mídias, desenvolveu-se na garantia dos direitos fundamentais e na capacidade de regulamentar a área. Desde 1934, a temática de meios de comunicação se faz presente nas Constituições do País. De acordo com Porciuncula (2022), os legisladores constitucionais, preocupados com a capacidade que esses têm de influenciar a agenda social, política e cultural de uma população, começaram a positivá-la gradualmente.

A legislação pertinente culmina com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, incisos IV, IX, XIV, XXII, garante o direito a livre manifestação do pensamento e às atividades artísticas, intelectuais, comunicacionais e científica, vedando a censura e a necessidade de qualquer tipo de licença. A Carta Magna, conforme Porciuncula (2022), também assegura o acesso à informação, bem como o direito de ser receptor, seja em face dos interesses próprios ou coletivos. Ainda, o art. 220, *caput*, proíbe qualquer restrição à expressão, criação, ou comunicação de pensamentos em qualquer forma, processo ou veículo.

Para Machado, a Carta Magna positiva a liberdade de expressão em sua dupla faceta: os direitos de informar e o de ser informado. O primeiro se relaciona à comunicação social e à liberdade de imprensa, enquanto o segundo se dirige ao destinatário, que se configura como um “elemento básico de garantia de uma opinião pública, autônoma, habilitada a proceder ao controle do exercício dos poderes estatais numa ordem constitucional livre e democrática” (2002, p. 472).

É exatamente no dever de assegurar a informação à sociedade, que habita a falha. Quando a mídia descumpra seu papel intrínseco de informar, como expressa Porciuncula, abre espaço ao sensacionalismo. Nesse contexto, ao invés de cumprir as funções esperadas, presta um desserviço à sociedade, sujeitando-se ao propósito “empresarial de obtenção de lucro, transformando notícias em espetáculos, que apesar de estratégico para atingir audiência, é indiscutivelmente prejudicial por diversos fatores” (2022, p. 11).

Sob essa ótica, as mídias são consideradas como o Quarto Poder, capazes de promover a reformulação social e influenciar as decisões do corpo da comunidade nacional em sua totalidade (Santos, 2022). Assim, considerando a capacidade de influenciar e direcionar a população, torna-se relevante analisar o comportamento midiático no caso da boate Kiss.

### **1.1. As notícias sobre a tragédia na boate Kiss**

De tempos em tempos a sociedade se depara com eventos que transcendem a compreensão humana e chocam a todos, seja pela brutalidade dos fatos, seja pela impotência que geram. Nesse soslaio, situa-se o caso da boate Kiss.

Essa tragédia é objeto de ampla cobertura midiática, que se estende desde o momento do incêndio até os esforços dos bombeiros para evacuar o maior número possível de pessoas do local. Durante o programa “Esporte Espetacular”, as primeiras informações são divulgadas em um intenso bloco que dura três horas e meia, reunindo entrevistas com os sobreviventes (Memória Globo, 2021).



Dois programas nacionais, "Domingão do Faustão" e "Fantástico", noticiaram a tragédia. O "Fantástico", por sua vez, abre o noticiário com uma tela preta expressando "Santa Maria/RS – madrugada de hoje" e cobre toda a tragédia, incluindo possíveis causas do ocorrido e depoimentos das vítimas. Ao final da cobertura, o governador do Rio Grande do Sul, Tarso Genro, discursa reforçando a necessidade de a sociedade preocupar-se com as causas do acidente, além de responsabilizar aqueles que forneceram os equipamentos utilizados na noite fatídica (Memória Globo, 2021).

A RBS TV, noticia os fatos em tempo real, atualizando a audiência com informações a cada momento. Para isso o canal substitui intervalos comerciais, a programação esportiva e de entretenimento por entrevistas com sobreviventes, atualizações sobre o número de mortos, informações sobre as possíveis causas do incêndio e diálogos com especialistas.

A afiliada da Rede Globo no Estado, dedicou-se exclusivamente à investigação do evento durante dois meses e meio, veiculando 130 reportagens e entradas ao vivo em jornais e programas, seguindo a lógica mercadológica de informar sempre, que prioriza a informação contínua, mesmo quando a precisão dos dados ainda não está materializada. Por tratar-se de uma catástrofe significativa, os meios de comunicação buscam em noticiá-la, ainda que de modo descuidado e sem fornecer informações precisas (Motta, 2016).

No que diz respeito à boate Kiss, a televisão falava largamente sobre descobrir as causas da tragédia e responsabilizar os culpados. Como resultado, a mídia assumiu um papel não apenas informativo, mas também investigativo, apropriando-se dos órgãos legais responsáveis pela apuração dos fatos, corroborando a ideia de "executivação" das agências de comunicação social. O excesso de divulgação das notícias manteve as mídias infladas, causando a reconhecida dramatização dos eventos (Motta, 2016).

Ademais, revistas e jornais renomados chamam a atenção à fatalidade, mostrando fotos comoventes das famílias das vítimas nas capas e edições especiais, demonstrando sua indignação com a tragédia e exigindo do setor público uma resposta aos acontecimentos. A revista Veja, por exemplo, usou palavras como "somos todos Santa Maria", "quando o Brasil vai aprender", "a asfixia não acabou", "preparados para o pior?", "impunidade" e "arapucas da morte".

As matérias não apenas abordaram a tragédia de Santa Maria, mas transmitiram sentimentos e a sensação de insegurança e impunidade causadas por supostos desrespeitos às leis, descuido e corrupção de valores.

A mesma revista, Veja, clama pela responsabilização dos possíveis culpados. Na matéria intitulada "Tragédia", Reinaldo Azevedo enfatiza que a imprudência dos administradores levou à morte.

[...] que se apurem as responsabilidades. Eu não sou um perito em polícia técnica. No entanto, existem evidências suficientes para concluir que a fatalidade que levou à morte de 231 jovens foi construída. Não foi o destino que os matou, mas a estupidez (Azevedo, 2013, s.p.).

Além disso, cinco anos após a tragédia e sem nenhuma condenação, a revista publicou a matéria "Kiss, 5 anos de impunidade", que enfatiza a impunidade como marca expressiva da tragédia e que o poder público esqueceu seus mortos (Navarro, 2018).

Ademais, os jornais, revistas e canais de rádio também voltaram a cobrir a tragédia. Alguns canais, como a Band News FM e a Jovem Pan News, informam sobre o incêndio na boate desde o primeiro dia. Eles divulgaram os números de mortes,



entrevistaram especialistas, conversaram com sobreviventes e familiares das vítimas e apresentaram relatórios com base nas informações coletadas (Fernandes, 2013).

Em sua retrospectiva de 2013, a Jovem Pan News lembrou a tragédia, expressando insatisfação pela ausência de prisão dos responsáveis. Expressaram que, não obstante, ao avanço das investigações e as promessas de punição multiplicadas, a realidade ainda se mostrava distinta: ninguém estava detido e assim o Brasil seguia (Jovem Pan, 2013).

As mídias enfocam suas análises e manchetes em quatro aspectos majoritariamente: 1) o uso do artefato pirotécnico e a espuma que revestia o teto da casa noturna; 2) o excesso de pessoas na noite dos fatos; 3) a falha dos extintores e o bloqueio dos seguranças na saída no momento do incêndio; e 4) a responsabilização dos culpados. O presente trabalho concentra-se no último aspecto.

De acordo com Santos (2022), a mídia totaliza 807 notícias entre o período de 28/01/2013 até 28/07/2013, sendo 117 notícias relevantes, que equivale a 14%, que envolveram os fatos e os quatro acusados.

Em 30/01/2013, as publicações foram marcadas com a notícia de que quatro pessoas, identificados como os responsáveis pela tragédia, foram presas temporariamente. Esta foi a notícia de capa do jornal gaúcho, A Razão. Contudo, a base legal e jurídica utilizada para justificar a prisão foi noticiada de forma incompleta.

A questão real refere-se à decisão judicial que determina o encarceramento provisório de cinco dias, prorrogável por igual período, como medida necessária para a conclusão das investigações do inquérito policial, porém, a notícia é transmitida para anunciar a prisão dos responsáveis por todas as mortes e não como parte intrínseca ao inquérito e juridicamente cabível (Santos, 2022).

Na edição de 30/01/2013, divulgam-se informações sobre idade, naturalidade, estado civil, nome das respectivas esposas, se possuíam filhos ou não, e a formação acadêmica. A mesma edição questiona: "afinal, de quem é a responsabilidade?". A pergunta surge depois que o ex-prefeito, Cezar Schirmer, e o ex-governador, Tarso Genro, do Estado do Rio Grande do Sul, negam suas responsabilidades pela tragédia em uma entrevista coletiva, alguns dias antes. Deste modo, apenas os nomes dos quatro acusados, juntamente com informações pessoais e fotos, aparecem na página (A Razão, 2013).

Não obstante os esforços dos advogados em controlar as informações divulgadas, há uma que causa alto impacto. O mesmo jornal, informa que a polícia trabalha com a hipótese de indiciamento por homicídio por asfixia com dolo eventual e que as prisões dos músicos e seus associados foram prorrogadas por 30 dias. A matéria expressa que a Polícia Civil apresenta novas declarações de testemunhas que sugerem que o comportamento dos quatro presos pode constituir uma evidência de homicídio qualificado por asfixia.

Assim, constrói-se um cenário e um imaginário coletivo que atribui quase exclusivamente à banda Gurizada Fandangueira a responsabilidade pela tragédia. Por fim, as notícias acima apresentadas representam um recorte do universo total das divulgações, evidenciando como a mídia abordou a tragédia de Santa Maria de maneira acrítica, com informações imprecisas, sem o devido embasamento verídico ou legal. Ariza (2022) argumenta que as informações sobre a tragédia foram claramente incorporadas aos produtos de mídia para influenciar a percepção da audiência e suas opiniões sobre os eventos.



Em um contexto mais atual, no ano de 2023, foram lançados dois documentários em duas gigantes plataformas de *streaming*, Netflix e Globoplay, que abordaram de forma comovente o acontecimento, narrando a história dos pais, sobreviventes, e a incansável busca por justiça e responsabilização dos envolvidos na tragédia.

Na série documental da Netflix intitulada “Todo dia a mesma noite”, diversas cenas retratam de forma contundente o clamor por justiça, destacando o sofrimento dos pais das vítimas fatais e seus questionamentos em torno da responsabilização dos envolvidos.

[...] Mas por que nossos filhos morreram? O artefato pegou fogo na espuma, o gás envenenou. Mas por quê? Quem comprou? Quem autorizou? Quem vistoriou? Quem deixou nossos filhos entrar? [...] É crime. A prefeitura sabia. Por que não fechou? Os alvarás estavam vencidos, não tinha saída de emergência. Por que não fecharam? (Todo dia a mesma noite, 2023).

Em determinado momento do documentário, são mencionados os denunciados pelo Ministério Público, incluindo dois sócios da boate, dois integrantes da banda e quatro bombeiros. Em seguida, surgem novos questionamentos quanto à ausência de outros possíveis responsáveis: "Onde está o pessoal da prefeitura? [...] Onde estão os políticos? A polícia indiciou 28 pessoas. Estão livrando a cara deles. Cadê? Onde estão esses 28?" (Todo Dia a Mesma Noite, 2023).

No mesmo contexto, o documentário da Globoplay, "Boate Kiss - A Tragédia de Santa Maria", expõe a sucessão de falhas e irregularidades que levaram a 242 mortes. A produção retrocede no tempo para lembrar o incêndio na boate Cromagon, que resultou em 194 mortos em Buenos Aires, no ano de 2004. No entanto, enfatiza-se a distinção entre os casos: enquanto, em Buenos Aires, 15 pessoas foram condenadas, incluindo o proprietário da boate, membros da banda e servidores públicos, no Rio Grande do Sul, nenhum agente público foi responsabilizado criminalmente.

Nas palavras do produtor da série, Marcelo Canellas:

A ideia era que o desfecho fosse a sentença do Tribunal do Júri. Essa seria a resposta do Estado para as famílias. Com a anulação do julgamento, o que existe é um não desfecho, e o documentário mostra isso. A trajetória das famílias, reposta de sofrimento a cada adiamento, a cada protelação, a cada vez que o processo de apuração das responsabilidades é empurrado com a barriga. (Boate Kiss - A Tragédia de Santa Maria, 2023).

Deste modo, observando a análise acerca da influência da mídia na formação e consolidação da opinião pública e as consequências frente ao Conselho de Sentença no Tribunal do Júri, o próximo tópico abordará a estrutura do Júri, o livre convencimento do corpo de jurados, bem como a análise acerca do dolo eventual e da culpa consciente.

## 2. O PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Nesta seção, analisa-se o procedimento do Tribunal do Júri, instituto constitucional que garante a participação direta da sociedade no julgamento de crimes dolosos contra a vida. Abordam-se os aspectos estruturais e processuais, com ênfase no procedimento bifásico e suas implicações jurídicas.

O Tribunal do Júri, previsto na Constituição (Brasil, 1988), no art. 5º, XXXVIII, capítulo I dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, originalmente era responsável pelo julgamento dos chamados “crimes de imprensa”. Com o passar do tempo, sua



competência foi ampliada para abranger todos os tipos de crime e, atualmente, restringe-se ao julgamento exclusivo dos crimes dolosos contra a vida, como homicídio, aborto, infanticídio e induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (DPE-PR, 2022).

Sobre esse procedimento, que se materializa de forma bifásica, é possível verificar que a primeira fase, conhecida como juízo de acusação, visa identificar se o crime apontado deve ser julgado perante o Tribunal do Júri, iniciando pelo oferecimento da denúncia ou queixa (Distrito Federal, 2015). Segundo Lopes Jr (2022) o juiz togado emite juízo de admissibilidade com base em seu convencimento, devidamente fundamentado, apontando a existência de materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação do acusado.

Neste momento, compete ao juiz tomar uma das quatro decisões possíveis: absolver sumariamente, desclassificar o crime, impronunciar ou pronunciar o acusado (Lima, 2020). No entanto, somente a decisão de pronúncia tem o condão de submeter efetivamente o acusado à sessão plenária do tribunal, marcando assim o início da segunda fase do procedimento.

Cabe tornar nítido que essa decisão em particular não implica em uma análise aprofundada do mérito, sequer da prova plena de autoria, existem apenas indícios. Inclusive, havendo dúvida, o juiz deve levar a questão para o Júri, em observância ao princípio do *"in dubio pro societate"* (Distrito Federal, 2013).

Quanto às demais decisões, a impronúncia é determinada quando um dos requisitos - materialidade e obrigações de autoria - não é comprovado no caso em análise. Assim, o juiz não declara a inocência do acusado, mas sim que não há elementos suficientes para submetê-lo ao julgamento pelo Júri. Já a desclassificação, ocorre quando o juiz se convence que não há um crime doloso contra a vida, conseqüentemente, declara a incompetência do Tribunal do Júri. Por fim, a absolvição sumária, de natureza excepcional e meritória, resulta da análise das provas, declarando a inocência do acusado (Brasil, 1941).

Considerando o exposto, após a pronúncia do acusado, tem início a segunda fase - juízo de causa -, na qual ocorre o julgamento pelo Júri da acusação admitida na etapa anterior, e se encerra com a sentença do Juiz Presidente do Tribunal Popular (Distrito Federal, 2015).

A sessão de julgamento do Tribunal do Júri é composta por um juiz togado, seu presidente, e vinte e cinco jurados, sendo decidido por sorteio sete destes para compor o Conselho de Sentença (Tourinho Filho, 2003), os quais assumem a responsabilidade de validar ou refutar a alegação de conduta criminosa imputada ao acusado (Brasil, 1941).

Segundo Walfredo Cunha Campos (2018, p. 10):

A competência dos integrantes deste órgão colegiado heterogêneo que é o Júri encontra-se perfeitamente delimitada: o Conselho de Sentença delibera, através de respostas a quesitos (indagações escritas), a respeito de matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido (art. 482 do CPP); o juiz presidente, por sua vez, deve proferir sentença condenatória ou absolutória, conforme a decisão dos jurados, e decidir todas as questões de direito surgidas durante a sessão, além de exercer a coordenação dos trabalhos (arts. 492-493 e 497 do CPP).

Verifica-se, portanto, que é o cidadão quem decide sobre o crime. Essa responsabilidade é reforçada pelo compromisso assumido, através do juramento, de examinar a causa com imparcialidade e tomar as decisões baseadas em sua própria consciência e com os ditames da justiça (Brasil, 1941).



Uma vez prestado o compromisso, o passo subsequente consiste na inquirição das testemunhas tanto de acusação quanto da defesa, procedendo-se posteriormente ao interrogatório do réu (Brasil, 1941). Momento este que "representa a alma do julgamento, pois é nele que se colhem as provas orais, elementos fundamentais para a convicção dos jurados" (Nucci, 2020, p.813).

Durante o transcorrer da sessão, faz-se necessário a estrita observância da incomunicabilidade dos jurados e testemunhas, princípio este consagrado no art. 458 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), com o intuito de preservar a integridade do julgamento. Essa medida busca prevenir a formação de pré-conceitos, bem como coibir a influência ou contaminação dos jurados por fatores externos (Araújo Jr, 2020). A transgressão desse princípio acarreta a dissolução do Conselho de Sentença.

Após a conclusão da fase probatória, dá-se início aos debates, concedendo-se à acusação o prazo de uma hora e meia para sustentar suas imputações ao réu. Em seguida, a defesa terá igual período para se manifestar. Nesse estágio, a maneira como as partes articulam seus argumentos e empregam as evidências, pode influenciar expressivamente a decisão obtida pelos jurados sob o destino do réu (Streck, 2020).

Em seguida, será facultado à acusação exercer o direito de réplica, cujo exercício, se efetuado, conferirá à defesa o mesmo direito (Campos, 2018). Concluídos os debates, o juiz inicia a votação dos quesitos, que devem guardar correlação com a decisão de pronúncia para sua formulação, limitando-se o Conselho de Sentença a responder à quesitação com sim ou não.

Por fim, com o resultado da votação, vislumbra-se, "a soberania popular em sua plenitude, pois são os jurados, representantes da sociedade, que decidem, com base em sua livre convicção e senso de justiça, o destino de um indivíduo" (Marinoni, 2020, p.893). Assim, de acordo com Lima (2020), compete ao juiz-presidente proferir a sentença nos exatos termos do que foi decidido através das respostas fornecidas pelos jurados e realizar, tão somente, a dosimetria da pena em caso de condenação.

Diante do exposto, observa-se que o Tribunal do Júri assegura a participação popular na definição do destino do réu. Contudo, as decisões proferidas nesse contexto estão suscetíveis a influências externas, como as pressões geradas por narrativas midiáticas, e podem ser comprometidas pela falta de formação técnica dos jurados. Essa carência pode dificultar a compreensão de aspectos técnicos do processo e das provas, prejudicando a justiça das sentenças.

## **2.1. Desdobramento jurídico do caso da boate Kiss**

Após a exposição do rito adotado no julgamento do caso da boate Kiss, realiza-se uma descrição detalhada dos eventos e procedimentos legais pertinentes, destacando a participação da mídia. Esses elementos são essenciais à compreensão da dinâmica do processo e contribuem significativamente para a construção deste artigo.

Paralelamente ao processo principal, instauraram-se seis outras ações penais com o intuito de apurar as diversas responsabilidades civis e criminais relacionadas à tragédia da boate Kiss. A investigação policial, que se arrasta por 55 dias, resulta em um inquérito robusto, composto por 52 volumes e 13.000 páginas, detalhando os crimes e as responsabilidades atribuídas aos envolvidos no incêndio. Ao final do processo investigativo, 16 pessoas foram indiciadas (PCRS, 2013).

No dia seguinte à tragédia, em 28/01/2013, o MPRS estabelece um grupo de trabalho dedicado a analisar a legislação que regulamenta a operação de casas noturnas e locais de grandes aglomerações (PCRS, 2013). Como parte das medidas imediatas,



decreta-se a prisão temporária dos proprietários da boate, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, bem como dos músicos da banda Gurizada Fandangueira, Luciano Augusto Bonilha Leão e Marcelo de Jesus dos Santos (MPRS, 2024).

Aproximadamente um mês após a tragédia, foi criada a Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria -AVTSM-, visando assegurar os direitos e interesses dos familiares das vítimas e dos sobreviventes, além de garantir-lhes auxílio e amparo (UFSM, s.d.). Posteriormente, a AVTSM ingressou no processo e atuou na condição legal de assistente de acusação (Rio Grande do Sul, 2024).

Em 01/03/2013, a prisão temporária dos quatro investigados principais é convertida em prisão preventiva (MPRS, 2024). Após, em 02/04/2013, o MPRS denuncia os sócios-proprietários da boate Kiss, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, e os membros da banda, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, por homicídio e tentativa de homicídio, com dolo eventual, com as qualificadoras de fogo, asfixia e torpeza. No dia seguinte, a Justiça acolhe as denúncias (Rio Grande do Sul, 2024).

Contudo, em 05/2013, a prisão preventiva dos quatro acusados é revogada, através da concessão do *habeas corpus* interposto pela defesa do músico Marcelo, que teve efeito expansivo aos demais, permitindo que respondessem ao processo em liberdade (MPRS, 2024). Três anos depois, em 06/2016, a Justiça acolhe integralmente a denúncia do Ministério Público e profere a sentença de pronúncia, determinando que os quatro acusados fossem julgados pelo Tribunal do Júri, com base na presença de materialidade e indícios suficientes do crime (Rio Grande do Sul, 2024).

Em março do ano seguinte, por maioria dos votos, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul mantém a pronúncia dos dois sócios da boate e dos dois integrantes da banda pelo homicídio de 242 pessoas e tentativa de homicídio de outras 636. A decisão, em resposta ao Recurso em Sentido Estrito impetrado pelas defesas dos réus, sustenta que houve dolo eventual nos homicídios, confirmando a competência do Tribunal do Júri para julgamento. Contudo, afastam-se as qualificadoras de fogo, asfixia e torpeza (MPRS, 2024).

Após a interposição de recurso pela defesa, o 1º Grupo Criminal reverte as decisões anteriores e delibera que os réus não irão a Júri (Rio Grande do Sul, 2024). Em resposta, o MPRS e a AVTSM recorrem, sendo os autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. Em julho de 2019, a 6ª turma do STJ decide por unanimidade que os quatro acusados devem ser submetidos ao Tribunal do Júri (MPRS, 2024).

Diante do pedido de desaforamento feito por três dos acusados, com exceção de Luciano Bonilha Leão, integrante da banda e único a não solicitar o desaforamento, o MPRS recorre contra o parecer favorável do pedido. Todavia, determina-se o desaforamento do Júri de Luciano para a Comarca de Porto Alegre, juntamente com os demais acusados, e a data do julgamento é definida para 01/12/2021 (Rio Grande do Sul, 2024).

No desdobramento da segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, após um julgamento de dez dias que incluiu a oitiva dos réus, defesa, acusação e testemunhas, o veredito é proferido em dezembro de 2021. O Conselho de Sentença condena os quatro réus por homicídio simples, cometido com dolo eventual. As penas impostas foram: a) Elissandro Callegaro Spohr, sócio da boate, é condenado a 22 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado; b) Mauro Londero Hoffmann, sócio da boate, é condenado a 19 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado; c) Luciano



Bonilha Leão, e d) Marcelo de Jesus dos Santos, integrantes da banda, são condenados a 18 anos de reclusão em regime inicial fechado (MPRS, 2024).

Aduzindo ilegalidades no processo, os acusados interpõem Recurso de Apelação. Em resposta, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por dois votos a um, anula o Júri que condenou os quatro réus e ordena suas respectivas solturas (MPRS, 2024). A decisão se fundamenta no reconhecimento de: a) falhas na escolha dos jurados; b) realização de reunião reservada entre o juiz presidente do Júri e os jurados, sem a participação da defesa ou do Ministério Público; e c) irregularidades na elaboração dos quesitos de julgamento (Brasil, 2024).

Ato contínuo, o Ministério Público interpôs Recurso Especial e Extraordinário contra essa decisão. Ao ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, a 6ª Turma decide, por quatro votos a um, manter a anulação do Júri. Nesse cenário, a ministra Laurita Vaz concorda parcialmente com o voto do relator, pois considera que foram apresentados aos jurados elementos adicionais sobre a conduta dos réus, os quais não constavam na acusação feita pelo Órgão (MPRS, 2024).

Contudo, em 02/09/2024, o Supremo Tribunal Federal restabelece a condenação dos quatro réus e determina sua prisão imediata, decisão que permanece vigente até o momento. O Ministro Dias Toffoli argumenta que as nulidades não foram arguidas no momento processual adequado, durante a sessão do Júri, resultando na preclusão das alegações de nulidade (Brasil, 2024).

Insta salientar que, no contexto abordado por este trabalho, a cobertura jornalística ao longo do desenrolar processual é autorizada. Em 08/02/2013, o Juiz mantém a divulgação da investigação referente ao incêndio na boate Kiss (Rio Grande do Sul, 2024).

Em contrapartida, em 19/02/2013, rejeita-se a liminar que pleiteava o sigilo das investigações, requerida pela defesa dos sócios. Ainda, em 24/05/2013, o juiz consente a cobertura jornalística das audiências de oitiva de testemunhas. Igualmente, no ano seguinte, em 16/03/2014, indeferido é o pedido para realização de todos os atos processuais a portas fechadas, mantendo-se o acesso do público e da imprensa às audiências.

É pertinente recordar, que o julgamento conduzido pelo Tribunal do Júri, foi transmitido ao vivo pelo *YouTube*, dada a sua ampla repercussão e comoção nacional (Rio Grande do Sul, 2024).

Em síntese, a análise do rito adotado no julgamento, combinada com a descrição dos eventos e procedimentos legais, proporciona uma compreensão mais profunda das complexas interações entre a justiça e a mídia no caso da boate Kiss. Na próxima seção, abordar-se-á a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, aprofundando a discussão sobre a responsabilidade penal dos envolvidos.

## **2.2. Entre o dolo eventual e a culpa concorrente**

No caso jurídico abordado neste trabalho, a acusação atribui aos réus a prática do crime com dolo eventual, ao passo que a defesa sustenta a alegação de culpa consciente. Consequentemente, torna-se necessário a análise detalhada desses dois institutos para o desenvolvimento desta pesquisa.

Essa análise se torna ainda mais relevante, considerando que os limites entre dolo eventual e culpa consciente se materializa como um dos desafios mais complexos na Teoria do Delito (Bitencourt, 2013). O crime doloso, conforme previsto no Código Penal (Brasil, 1940), no art. 18, inciso I, adota a teoria da vontade e do assentimento, de modo



que, o dolo é caracterizado pela consciência e vontade do agente de produzir o resultado, bem como pela aceitação do risco de produzi-lo (Andreucci, 2019).

No que tange ao dolo eventual, o agente não persegue diretamente o resultado, porém, aceita a possibilidade de que este venha a ocorrer como consequência de sua ação ou omissão (Capez, 2013). Em outras palavras, envolve a noção de risco, onde o agente não se preocupa com as consequências de suas ações e assume o risco de que o resultado ocorra (Dupret, 2021). Assim, no dolo eventual, há tanto a possibilidade do resultado, quanto a anuência à sua ocorrência.

Quanto ao crime culposo, este previsto no inciso II do mesmo artigo anteriormente citado, ocorre quando o agente causa o resultado, por imprudência, negligência ou imperícia (Brasil, 1940). A culpa, nesse caso, se manifesta com a inobservância do dever objetivo de cuidado, provocando um resultado não intencional, porém previsível (Bitencourt, 2013). Portanto, a culpa está intrinsecamente ligada a um dever de cuidado por parte do agente.

De tal modo, na culpa consciente, apesar de o agente prever o resultado, ele acredita que pode evitá-lo, uma vez que não o deseja e tampouco o assume, visto que sua intenção é impedir que ocorra (Toledo, 2012).

No caso da boate Kiss:

[...] entende-se que se a conduta dos réus foi praticada por dolo eventual, o pensamento íntimo deles teria sido: “É possível que com a utilização do artefato pirotécnico a boate pegue fogo e que pessoas morram, não queremos que isso aconteça, mas pouco importa”. Já na culpa consciente, o pensamento deles teria sido: “É provável que estaremos sendo negligentes ao utilizarmos o artefato pirotécnico, mas acreditamos firmemente que nada vai acontecer” (Porciuncula, 2022, p. 20).

Ante o exposto, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente é extremamente tênue. No entanto, o fator de convergência reside na previsão. Enquanto no dolo eventual o agente não se importa com o resultado, assumindo o risco de sua realização, na culpa consciente o agente acredita que o resultado não se concretizará (Dupret, 2021). Como fator divergente, emerge à vontade, elemento psicológico que se expressa pelo comportamento do agente diante do desfecho.

Não obstante, há uma discrepância impactante entre esses dois institutos, no que diz respeito a pena aplicável. Nos casos de homicídio culposo, onde o agente atua com culpa consciente, está prevista a pena de detenção de um a três anos, em contrapartida, nos homicídios dolosos, caracterizados pelo dolo eventual, a pena prevista é de reclusão de seis a vinte anos, conforme estabelecido pelo art. 121 do Código Penal (Brasil, 1940).

No desenvolvimento desta seção, exploramos o funcionamento do Tribunal do Júri e a linha processual subsequente ao incêndio da boate Kiss, que culminou na condenação dos quatro réus, sendo marcada por controvérsias nas decisões proferidas. Também diferenciamos dolo eventual de culpa consciente, aspectos que implicam diferenças significativas nas sanções penais a serem aplicadas. Essa análise nos conduz à reflexão central que permeia esta pesquisa: a decisão proferida pelo Tribunal do Júri foi influenciada pela mídia e suas narrativas?

### **3. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

A mídia, considerada por Santos (2022) como o Quarto Poder, em conjunto com os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ostenta um importante papel na formação de



opinião pública. No âmbito do Tribunal do Júri, essa influência se torna ainda mais expressiva, podendo comprometer a justiça do julgamento.

Nesse cenário, o julgamento prévio realizado pela mídia constitui um grave obstáculo à garantia da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição (Brasil, 1988). Na imprensa, muitas vezes há uma subversão do princípio constitucional, onde as pessoas são presumidas culpadas antes mesmo de qualquer julgamento (Ventura *apud* Barandirer, 1997).

Logo, a atribuição precipitada de rótulos como “réu” ou “acusado” na divulgação dos nomes dos envolvidos no delito, antes da conclusão do processo judicial, gera um estigma prejudicial, maculando a imagem de uma pessoa e fomentando um clima de pré-condenação (Santos, 2015).

Nesse sentido, como a mídia cobre um crime pode influenciar significativamente a percepção dos jurados sobre o caso (Souza, 2017). A busca por audiência e sensacionalismo midiático podem resultar na disseminação de informações inverídicas ou distorcidas, comprometendo o direito a um julgamento justo e imparcial (Lopes, 2018). Tal cobertura tendenciosa pode levar os jurados a tomarem decisões baseadas em preconceitos e opiniões, em vez de fundamentarem-se nas provas apresentadas em audiência.

Segundo Ana Lúcia Menezes Vieira (2003, p. 246)

[...] o jurado é mais permeável à opinião pública, à comoção, que se criou em torno do caso em julgamento, do que os juízes togados e, por sentirem-se pressionados pela campanha criada na imprensa, correm o risco de se afastarem do dever de imparcialidade e acabam julgando de acordo com o que foi difundido na mídia.

Conforme Ariza (2022), a divulgação excessiva do incêndio na boate Kiss levou à construção de uma narrativa sensacionalista sobre o incidente, promovendo à crença de que a punição era a medida de justiça à resolução do caso. No julgamento da Tragédia de Santa Maria/RS, o que importava era a condenação, mais do que a investigação que visava aliviar a tristeza das famílias e amigos das vítimas do incêndio. Os indiciados foram condenados a penas superiores a 18 anos em resposta a essa pressão.

Analisando a questão estritamente jurídica, o cerne consistia em determinar se houve culpa consciente ou dolo eventual. Ocorre que, além desse questionamento, as mídias incutem na sociedade a necessidade de uma medida socialmente mais danosa. A divulgação midiática propagava a ideia de que a punição deveria levar os acusados à prisão, o que não seria possível utilizando a teoria da culpa consciente (Ariza, 2022).

Deve-se lembrar que os sócios da boate Kiss, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, claramente acreditavam que a espuma instalada na casa noturna servia à finalidade de isolamento acústico e que não ensejaria nenhum problema de ordem química. Isso pelo fato que a boate foi declarada apta a funcionar em um alvará de proteção e prevenção contra incêndio. Todavia, as investigações concluíram que a espuma, instalada pelos funcionários da boate, não constavam no projeto aprovado de funcionamento da casa noturna (Boeno; Wicker 2016).

Não obstante a apresentação dos documentos que comprovassem a situação da casa noturna, as mídias esforçaram-se para atribuir a culpa pelo ocorrido aos quatro acusados, tentando esconder os erros e omissões das autoridades responsáveis pelo funcionamento da casa noturna. Parecia mais fácil clamar pela prisão dos sócios e dos



membros da banda por dolo eventual inventado do que pedir a responsabilização de outras pessoas e autoridades (Ariza, 2022).

Deste modo, vê-se que as notícias acerca do caso da boate Kiss restavam maculadas pela ânsia punitivista, chamada também de privatização parcial do poder punitivo, onde o imperativo é determinado pela mídia capitalista, que pauta a lógica do uso do direito penal em favor de seus próprios interesses (Batista, 2022).

Como consequência, as agências de comunicação não promoveram a divulgação das concepções de dolo eventual e culpa consciente, tampouco a possibilidade de responsabilização de outros agentes. Assim, a sociedade e os jurados foram expostos a um discurso que imputava a responsabilidade direta aos sócios e membros da banda pela tragédia, como se realmente tivessem a intenção de matar mais de 200 jovens naquela noite. Essa narrativa teve um impacto profundo no julgamento, que buscou oferecer uma resposta em prol do clamor popular por justiça, instigando o “sentimento de vingança pela suposta defesa social por meio de uma condenação maciça” (Kim, p.12, 2023).

Segundo Freitas (2018, p. 251):

Os meios de comunicação de massa – a televisão, os jornais, a revista, a internet, o rádio – exercem grande influência na formação e na conformação da opinião pública. O indivíduo tem a tendência natural de se calar diante de um grupo por temer opinar fora do contexto da ideia majoritária que impera naquele âmbito sobre determinado assunto de interesse geral (espiral do silêncio). O comportamento que dele se espera é que vá em busca da opinião que mais se aproxime daquela que tende a prevalecer no grupo. E a fonte por excelência, na qual irá se abeberar, para tanto, não há dúvida, é a mídia.

Logo, com base nas notícias apresentadas, é possível identificar o descontentamento social devido à ideia de impunidade frente a tragédia, que estava presente antes que os acusados fossem condenados. Segundo a mobilização midiática, a única realidade viável era que Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Luciano Augusto Bonilha Leão e Marcelo de Jesus foram os responsáveis pelo incêndio e, portanto, deveriam ser punidos com penas estratosféricas como forma de restaurar a sensação de justiça. Ariza (2022) ainda argumenta que a mídia desenvolveu esse cenário para criar uma indústria cultural visando promover o credo criminológico punitivo.

Neste ensejo, Casara (2015, p. 12) expõe:

O enredo do “julgamento penal” é uma falsificação da realidade, uma representação social distante da complexidade do fato posto à apreciação do Poder Judiciário. Em apertada síntese, o fato é descontextualizado, redefinido, adquire tons sensacionalistas e passa a ser apresentado, em uma perspectiva maniqueísta, como uma luta entre o bem e o mal, entre os mocinhos e os bandidos [sic]. O caso penal passa a ser tratado como uma mercadoria que deve ser atrativa para ser consumida. A consequência mais gritante desse fenômeno passa a ser a vulnerabilidade a que fica sujeito o vilão escolhido para o espetáculo.

Vê-se assim, que as ações das mídias podem ter um impacto negativo em casos que envolvem o direito penal, especialmente aqueles que envolvem o rito do Tribunal do Júri, pois coloca em risco a imparcialidade dos jurados que estabelecem suas convicções, muitas vezes antes de serem convocados para compor o Conselho de Sentença e podem decidir por critérios midiáticos e não jurídicos (Santos, 2022).

A condenação antecipada dos réus pelas mídias compromete o direito dos acusados a um julgamento justo. Isso ocorre porque a exposição midiática tendenciosa



pode moldar a opinião pública, levando a uma percepção equivocada dos réus como culpados e fomentando um clamor por justiça que culmina em injustiça (Santos, 2022).

Como regra, a imprensa deve desenvolver suas atividades de forma não tendenciosa quando noticia os fatos que ocorrem na sociedade. Entretanto, não são raras as vezes que as informações dão lugar a espetáculos informacionais. No entanto, esta liberdade não é absoluta [...], pois esbarra em outros direitos fundamentais igualmente consagrados, dos quais se destacam: o direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, assegurados igualmente no próprio artigo 5º, em seu inciso X, garantias estas que são muitas vezes afrontadas quando da atuação da imprensa em casos com cobertura criminal. Sem falar do direito à presunção de inocência que se encontra estampado no artigo 5º, inciso LVII, da CF, e determina que ninguém será considerado culpado sem que exista o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Santos, 2022, p. 47).

Portanto, consoante o estudo sobre a influência da mídia na formação da opinião pública, no caso da boate Kiss, conclui-se que as condenações dos indiciados Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Luciano Augusto Bonilha Leão e Marcelo de Jesus resultaram da construção midiática acerca da responsabilidade penal atribuída aos acusados.

Ademais, conclui-se que, se as mídias realizassem construções pautadas verdadeiramente na realidade dos fatos e apresentassem ao público todos os fatores de análise, inclusive a responsabilidade de outras pessoas e instituições, o resultado proferido pelo Conselho de Sentença poderia ser diverso daquele que foi efetivamente alcançado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente artigo, buscou-se investigar se a decisão proferida pelo Tribunal do Júri no caso da boate Kiss foi influenciada pela mídia. O objetivo central consistiu em analisar o impacto da cobertura midiática na formação da opinião pública e a possível interferência sobre os membros do Conselho de Sentença. Para tanto, visou-se identificar eventuais influências da mídia na neutralidade dos jurados, considerando o contexto social e emocional que as notícias criaram sobre o caso julgado, impactando no veredito.

Inicialmente, constatou-se que a mídia, além de relatar fatos, constrói narrativas subjetivas que moldaram percepções e comportamentos. No caso da boate Kiss, a cobertura foi imprecisa e emocional, criando um clima de urgência e uma percepção de culpa dos acusados antes mesmo do julgamento. As mídias assumiram um papel investigativo e punitivo, resultando em uma condenação pública antecipada.

O julgamento do caso culminou na condenação dos réus pelo Tribunal do Júri, com posterior confirmação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal em 2024. Ao longo do processo, a ampla cobertura jornalística garantiu a transparência, com transmissões ao vivo e acesso público. Contudo, essa exposição midiática levantou dúvidas sobre a real imparcialidade dos jurados e o direito dos réus à presunção de inocência.

Outro ponto importante foi a qualificação do crime como dolo eventual, em vez de culpa consciente. Essa distinção elevou a gravidade das penas, uma vez que indicava que os condenados tinham ciência e aceitação do risco de suas ações resultarem na morte de 242 pessoas, o que foi amplamente contestado pela defesa.

Portanto, concluiu-se que a influência da mídia pode, de fato, comprometer a imparcialidade dos julgamentos realizados sob esse rito, acarretando prejuízos ao direito



à presunção de inocência. O caso da boate Kiss demonstrou como uma cobertura sensacionalista pode moldar a opinião pública e impactar o julgamento com base em pressões sociais. Assim, as mídias, ao adotarem uma postura tendenciosa e punitivista, transformaram o processo penal em espetáculo, prejudicando a justiça.

Por fim, a hipótese inicial foi confirmada, uma vez que as narrativas veiculadas pela imprensa afetaram a percepção dos jurados, comprometendo a imparcialidade esperada em julgamentos pelo Tribunal do Júri.

Ainda, com base nas reflexões apresentadas ao longo desta pesquisa, emergem novas perspectivas de estudo a serem exploradas sobre o caso boate Kiss e a dinâmica de justiça em contextos de intensa repercussão social. Essa análise revela a intrincada relação entre as expectativas da sociedade e as realidades vividas pelos diretamente afetados pela tragédia. Nesse sentido, questiona-se: houve justiça? Justiça para quem?

Essas indagações abrem espaço para investigações hermenêuticas que abrangem tantos aspectos sociais quanto elementos do processo judicial, contribuindo para um debate mais amplo sobre o significado da justiça em situações de tragédia. Assim, destaca-se a necessidade de uma análise plural e crítica que considere a diversidade de vozes e experiências envolvidas.

## REFERÊNCIAS

A RAZÃO. Jornal. **Eles escaparam da tragédia**. Disponível em: <https://abrir.link/rKKFo>. Acesso em: 10 maio 2024.

\_\_\_\_\_. Jornal. **Publicações**. Disponível em: <https://issuu.com/jornalarazao/26>. Acesso em: 15 maio 2024.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARAÚJO JR., Fernando da Costa. **Curso de Direito Penal e Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2020.

ARIZA, Natália Victória Llorente. **A influência midiática no Tribunal do Júri: análise acerca do julgamento da tragédia da Boate Kiss**. Adelpa Repositório Digital. 2022. Disponível em: <https://abrir.link/DxyMA>. Acesso em: 15 jun. 2024.

AZEVEDO, Reinaldo. **Tragédia**. Revista Veja, São Paulo, 29 jan. 2013. Disponível em: <https://abrir.link/HuWhz>. Acesso em: 15 maio 2024.

BARANDIER, Antonio Carlos. **As Garantias Fundamentais e a Prova (e outros temas)**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1997.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema penal no Capitalismo Tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 43. ed., 2003. Disponível em: <https://abrir.link/SGwwn>. Acesso em: 22 out. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOENO, Bruna Katiane; WILCKER, Lisiane Beatriz. **A responsabilidade civil do Estado pela tragédia ocorrida na boate Kiss**. Disponível em: <https://abrir.link/KcdYH>. Acesso em: 23 out. 2024.



BOURDIEU, Pierre. **Mídia, poder e contrapoder**: da concentração monopólica à democratização da informação. São Paulo: Boitempo, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://abrir.link/FZItU>. Acesso em: 17 maio 2024.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 7 out. 1940. Disponível em: <https://abrir.link/Bk2Yu>. Acesso em: 30 maio 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://abrir.link/ni0Hx>. Acesso em: 15 maio 2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Admitido recurso extraordinário para que STF examine anulação do júri da Boate Kiss**. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/MPJRX>. Acesso em: 19 maio 2024.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **STF restabelece condenações no caso da boate Kiss e determina prisão de réus**. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/KXBPq>. Acesso em: 12 set. 2024.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: Teoria e Prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANELLAS, Marcelo. **Boate Kiss – A Tragédia de Santa Maria**. Rio de Janeiro: Globoplay, 2023. Disponível em: <https://globoplay.globo.com>. Acesso em: 23 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática do autoritarismo na sociedade brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das Mídias**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

CIRIBELI, J. P.; PAIVA, V. H. P. **Redes e mídias sociais na internet**: realidades e perspectivas de um mundo conectado. Revista Mediação, Bahia, p. 57-74, 2011. Disponível em: <https://abrir.link/GIFZD>. Acesso em: 03 abr. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **200 anos do Tribunal do Júri no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://abrir.link/qvaRr>. Acesso em: 11 maio 2024.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Tribunal do Júri**. 2015. Disponível em: <https://abrir.link/soqEz>. Acesso em: 11 maio 2024.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **O Tribunal do Júri**: Antes do Julgamento. 2013. Disponível em: <https://abrir.link/VQzuS>. Acesso em: 11 maio 2024.

DUPRET, Cristiane. **O Dolo Eventual e o Caso da Boate Kiss**. 2021. Disponível em: <https://abrir.link/jXkHD>. Acesso em: 30 maio 2024.

FERNANDES, Glauber Grübe. **Jornalismo e tragédia**: uma análise da cobertura da Band News FM sobre o caso da boate Kiss. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2013. Disponível em: <https://abrir.link/spwqN>. Acesso em: 16 maio 2024.



HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapeins: uma breve história da humanidade**. 33. ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HUNDERTMARCK, Débora Evelyn Trindade. **Análise do uso de fontes jornalísticas na cobertura do Diário de Santa Maria durante o pré-júri do caso Kiss**. Manancial, repositório digital da UFSM, 2023. Disponível em: <https://abrir.link/ZiqNZ>. Acesso em: 20 abr. 2024.

JOVEM PAN. **Incêndio na Boate Kiss mata 242 e figura como uma das piores tragédias do ano**. [S.l.]: Joven Pan News. 26 dez. 2013. Youtube. Disponível em: <https://abrir.link/UYIXd>. Acesso em: 17 maio 2024.

KIM, Fernando Taeju. **Boate Kiss, uma análise das influências midiáticas e os seus desdobramentos**. Disponível em: <https://abrir.link/KNHmO>. Acesso em: 23 out. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES, Andréa Castro de Almeida. **A Imparcialidade do Júri Popular Diante da Influência da Mídia: Uma Análise do Caso Richthofen**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2020.

MEMÓRIA GLOBO. **Incêndio da Boate Kiss**. 28 jan. 2021. Disponível em: <https://abrir.link/ajmQs>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Boate Kiss**. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/eeDOh>. Acesso em: 18 maio 2024.

MOTTA, Juliana. **Os testemunhos na cobertura ao vivo do incêndio da Boate Kiss**. Manancial, repositório digital da UFSM, 2016. Disponível em: <https://abrir.link/PCusU>. Acesso em: 23 abr. 2024.

NAVARRO, Silvio; DARONCO, Marilice. **Kiss, 5 anos de impunidade**. Revista Veja, Santa Maria, 19 jan. 2018. Disponível em: <https://abrir.link/XCmPW>. Acesso em: 15 maio 2024.

NETO, Júlia Rezende. **Todo Dia à Mesma Noite**. São Paulo : Netflix, 2023. Disponível em: <https://www.netflix.com> . Acesso em: 23 set. 2024.

NICOLATO, Roberto (org.). **Teorias do Jornalismo**. 1. ed. Curitiba: InterSaberes, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O GLOBO. **Incêndio na Boate Kiss: o segundo maior da história no Brasil**. 27 jan. 2013. Disponível em: <https://abrir.link/Vjeii>. Acesso em: 20 jun. 2024.



ORLASKI, Jeff. **O dilema das redes**. Estados Unidos: Netflix, 2020. Disponível em: <https://www.netflix.com>. Acesso em: 25 ago. 2024.

POLÍCIA CIVIL ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Polícia Civil indícia 16 no inquérito da Boate Kiss**. 2013. Disponível em: <https://abrir.link/Zbqtq>. Acesso em: 18 maio 2024.

PORCIUNCULA, Brenda Dallavéchia. **A condenação midiática e sua influência nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri: uma análise do caso Kiss**. Repositório Universitário da Ânima, 2022. Disponível em: <https://abrir.link/ZxGbR>. Acesso em: 03 jun. 2024.

REDAÇÃO, Veja. **À sombra da tragédia**. 30 jul. 2020. Disponível em: <https://abrir.link/LcEJL>. Acesso em: 20 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Caso Boate Kiss**. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/EXbbg>. Acesso em: 18 maio 2024.

SANTAELLA, Lucia. **A teoria geral dos signos: semiose e autoagregação**. São Paulo: Ática, 1995.

SANTOS, Cristiano Rodrigues dos. **O Julgamento Prévio pela Mídia e o Tribunal do Júri: Uma Análise à Luz dos Princípios da Imparcialidade e da Presunção de Inocência**. Revista Brasileira de Direito Criminal, Rio de Janeiro, v. 21, n. 82, p. 59-78, out./dez. 2015.

SANTOS, Luana Fornazier dos. **Sentença Midiática e o Caso Boate Kiss: Quando a liberdade de imprensa se transforma em abuso do direito**. 2022. Disponível em: <https://abrir.link/JtbBl>. Acesso em: 03 jun. 2024.

SOUZA, Camila Teixeira de. **A Influência da Cobertura Midiática na Percepção dos Jurados no Tribunal do Júri**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica, jurisdição e decisão: Diálogos com Lenio Streck**. 2. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. **Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria**. Rio Grande do Sul, s. d. Disponível em: <https://abrir.link/RTFVb>. Acesso em: 03 jun. 2024.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



## A LINHA TÊNUE PARA CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

Leonardo Alves da Cruz<sup>1</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo trata da caracterização do vínculo empregatício do Microempreendedor Individual (MEI). O MEI foi referenciado pelo Decreto Estadual n.º 52.228, de 05 de outubro de 2007, e posteriormente regulado pela Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar Federal n.º 128, de 19 de dezembro de 2008, com as alterações feitas pela Lei Complementar n.º 133, de 28 de dezembro de 2009, com o intuito de amparar trabalhadores que até então exerciam suas atividades informalmente, sem amparo da previdência social e sem qualquer segurança jurídica. A criação do MEI buscou, então, formalizar milhares de trabalhadores, não obstante, desde a sua criação alguns tomadores de serviços encontraram nessa modalidade de prestação de serviços maneiras de burlar os custos para contratação formal de funcionários, praticando a pejotização, com riscos de caracterização do vínculo empregatício. Assim, o objetivo do trabalho é avaliar as determinações legais para regular contratação do MEI sem vínculo de emprego, destacando os requisitos para a caracterização do vínculo empregatício; discorrendo sobre o MEI no Brasil e demonstrando a possibilidade da sua regular contratação, sem vínculo de emprego, destacando os requisitos para tal contratação e discutindo a flexibilidade da legislação. O método utilizado foi o bibliográfico de forma a avaliar as normas legais que regulam a contratação do microempreendedor sem a caracterização de vínculo empregatício. Os resultados demonstram que há uma linha tênue entre a contratação legítima de microempreendedor e a configuração de vínculo empregatício. Apesar das vantagens da formalização proporcionadas pela Lei, é crucial que as empresas respeitem os requisitos legais para evitar a pejotização e garantir os direitos dos trabalhadores.

**Palavras-chave:** Microempreendedor Individual; Vínculo Empregatício; Flexibilização.

**Abstract:** The present study deals with the characterization of the employment relationship of the Individual Microentrepreneur (MEI). The MEI was referenced by State Decree No. 52,228, of October 5, 2007, and later regulated by Federal Complementary Law No. 123, of December 14, 2006, in the wording given by Federal Complementary Law No. 128, of December 19, 2008, with the changes made by Complementary Law No. 133, of December 28, 2009, with the aim of supporting workers who until then carried out their activities informally, without the support of social security and without any security legal. The creation of the MEI then sought to formalize thousands of workers, however, since its creation, some service providers have found ways to circumvent the costs of formally hiring employees in this type of service provision, by practicing pejotização, with risks of characterization of the employment relationship. Thus, the objective of the work is to evaluate the legal determinations to regulate MEI hiring without an employment relationship, highlighting the requirements for characterizing the employment relationship; discussing the MEI in Brazil and demonstrating the possibility of its regular hiring, without an employment relationship, highlighting the requirements for such hiring and discussing the flexibility of the legislation. The method used was bibliographic in order to evaluate the legal standards that regulate the hiring of microentrepreneurs without the characterization of an employment relationship. The results demonstrate that there is a fine line between the legitimate hiring of microentrepreneurs and the configuration of an employment relationship. Despite the advantages of formalization provided by the Law, it is crucial that companies respect legal requirements to avoid pejotization and guarantee workers' rights.

**Keywords:** Microentrepreneur Individual; Employment Relationship; Flexibilization.

### INTRODUÇÃO

No Brasil existem muitos trabalhadores autônomos que exercem as mais variadas profissões. Segundo dados do IBGE, em 2021, havia 13,2 milhões de

1. Estudante da quinta série do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

2. Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).



Microempreendedores Individuais no Brasil, correspondendo esse número a 69,7% do total de empresas e outras organizações (IBGE, 2021). Neste contexto, tem-se que, praticamente, uma a cada cinco pessoas trabalhando formalmente no país atuava como microempreendedor individual (MEI), sendo mais da metade no setor de serviços (50,2%), seguido do comércio, reparação de veículos automotores e motocicletas (29,3%), indústria geral (10,8%), construção (9,4%), agricultura, pecuária, produção florestal, pesca e aquicultura (0,3%) (AMORIM, 2023).

O MEI foi referenciado pelo Decreto Estadual n.º 52.228, de 05 de outubro de 2007, e posteriormente regulado pela Lei Complementar Federal 123, de 14 de dezembro de 2006, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar Federal n.º 128, de 19 de dezembro de 2008, com as alterações feitas pela Lei Complementar n.º 133, de 28 de dezembro de 2009, visando formalizar e auxiliar milhões de trabalhadores informais brasileiros que não possuíam nenhum amparo da previdência social e sem qualquer segurança jurídica. Assim, a figura do MEI trouxe dignidade às pessoas que trabalhavam por conta própria, possibilitando acesso a benefícios como alvará de funcionamento, aposentadoria, emissão de nota fiscal, entre outros (SEBRAE, 2023a). Portanto, essa regulamentação beneficiou, principalmente, trabalhadores autônomos, que exerciam suas funções por conta própria, sendo considerados informais, fazendo nascer vários novos tipos de negócios e assegurando direitos para uma massa de trabalhadores informais, que até então eram considerados desempregados.

No Brasil é comum que pessoas exerçam suas funções de forma autônoma, várias dessas profissões, se enquadram nas atividades autorizadas a constituir o MEI, bastando a inscrição no site gov.br e em poucos minutos o cadastro é concluído, permitindo a formalização da atividade a partir do registro empresarial junto aos órgãos governamentais para: I - obter o CNPJ; II - emitir nota fiscal; III - vender para o governo; IV - acessar serviços bancários específicos; V) pagar tributos simplificados e mais baratos; e VI) contribuir para a previdência social e ter regime previdenciário próprio (BRASIL, 2023b).

Diante deste cenário de expansão dos microempreendedores no Brasil, percebe-se a importância do tema para esse estudo, que se propõe a verificar a contratação do MEI face à legislação trabalhista nacional, discorrendo sobre a linha tênue para caracterização do vínculo empregatício desse trabalhador.

Atualmente, muitas das contratações são realizadas mediante fraude, para que o tomador do serviço não tenha encargos trabalhistas e fiscais. Essa prática, segundo Renzetti (2021), é um fenômeno ilegal conhecido como pejetização, sendo a prática do trabalhador ao abrir uma empresa e ser contratado como pessoa jurídica, sem direitos trabalhistas básicos. Nestes casos, a contratação se reveste dos elementos da relação de emprego e, assim, mediante a aplicação do princípio da primazia da realidade, se reconhece o vínculo de emprego, sendo considerado nulo o contrato que tenha intenção de burlar a lei, nos exatos termos do art. 9º da CLT.

Neste contexto, desde a criação do MEI ocorreram diversas reformas trabalhistas, que pretendem melhorar o ambiente de trabalho e as relações entre empresas, prestadores de serviços e trabalhadores. Todavia, há diversas dúvidas para contratação regular do MEI e contratos firmados com a intenção de burlar à legislação. Dessa forma, a problemática do tema advém do desconhecimento das determinações legais para contratação regular do MEI, sem que haja a caracterização dos requisitos para o vínculo empregatício, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação (PRETTI e RIBEIRO, 2021).



A principal característica do MEI é a irrestrita liberdade para executar seu trabalho sem subordinação, caracterizando que ele exerce seus serviços de maneira autônoma. Todavia, muitas empresas efetuam contratações inapropriadas adotando a prática da pejetização, usualmente utilizada para mascarar autêntica relação de emprego. Conforme Renzetti (2022), o tomador de serviços que, na verdade, é empregador exige que o trabalhador apenas preste serviços por meio de uma pessoa jurídica que ele é obrigado a criar ou participar. Essa conduta ilegal destina-se a simular um pacto entre pessoas jurídicas, o que eliminaria a obrigação da tomadora de serviços de arcar com contribuições previdenciárias, FGTS, 13º salário, um terço de férias etc. (LEITE, 2022).

Por consequência, muitos trabalhadores que atuam ou atuaram nessas relações de emprego mascaradas de relação de trabalho, recorrem à Justiça do Trabalho em busca do reconhecimento de vínculo empregatício e, uma vez sendo reconhecido este vínculo, têm direito a todas as verbas e encargos previstas para o empregado contratado e registrada a Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS.

Assim, no presente artigo será verificado o MEI no Brasil, desde sua criação e importância para a regularização dos trabalhadores informais, destacando os requisitos para a caracterização do vínculo empregatício e demonstrando a possibilidade da regular contratação do profissional sem vínculo de emprego.

## **1. REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO**

Empregado é a pessoa física (pessoa natural) que presta serviços a outrem, serviços estes caracterizados pela pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade, faltando qualquer um dos requisitos, não se configurará a relação de emprego. Alguns autores, entretanto, não relacionam a alteridade como requisito caracterizador da relação de emprego, pelo que seriam quatro os requisitos, a saber: trabalho prestado por pessoa física, de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada (LEITE, 2022).

O contrato de trabalho do empregado pode ser pactuado de forma tácita ou expressa, o que significa que, presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, configurar-se-á o vínculo de emprego, independentemente de qualquer formalização prévia. Isso quer dizer que, mesmo tendo o contrato de trabalho sido estabelecido tacitamente, caso em que o empregado se põe à disposição do empregador e lhe presta serviços, com a aquiescência deste, existirá o vínculo de emprego, desde que presentes os requisitos legais (RESENDE, 2022).

Segundo Leite (2022), para ser empregado, é necessário que todos os elementos que caracterizam o vínculo estejam presentes, faltando algum deles não é possível haver relação de emprego aliado à circunstância de que a relação há de ser necessariamente de natureza privada e não estatutária, ou seja, decorrente de um contrato de trabalho.

### **1.1. Pessoalidade**

O requisito da pessoalidade refere-se à obrigação do empregado de executar pessoalmente as atividades relacionadas ao seu trabalho. Isso significa que o empregado não pode delegar suas responsabilidades a terceiros, a menos que expressamente autorizado pelo empregador. Esse requisito está ligado ao vínculo de subordinação existente entre o empregado e o empregador e como parte desse vínculo, o empregado está sujeito às ordens e direcionamentos do empregador, devendo cumprir suas tarefas de forma direta e pessoal (RENZETTI, 2021).



A pessoalidade garante que o empregador tenha controle sobre a execução das tarefas e supervisione o desempenho do empregado. Além disso, contribui também para proteger os direitos dos trabalhadores, tais como horários de trabalho, salários e condições de trabalho dignos, porque os trabalhadores não podem ser substituídos por terceiros livres. Em síntese, o requisito de caráter da legislação trabalhista estipula que o empregado é responsável direta e pessoalmente pelo desempenho de suas funções, salvo se expressamente autorizado a delegar ou substituir. O objetivo é garantir o controle do empregador sobre o trabalho executado e proteger os direitos trabalhistas (RESENDE, 2022).

Desta forma, o empregado é pessoalmente responsável pelos serviços, caracterizando o vínculo de emprego, enquanto o MEI não pode ser obrigado a realizar o serviço por conta própria, sem a possibilidade de delegá-lo a outra pessoa, ou seja, o tomador dos serviços do MEI deve permitir que ele escolha quem irá realizar o serviço em seu lugar, principalmente no caso em que possua funcionários. Portanto, um dos requisitos para o reconhecimento do vínculo trabalhista é a pessoalidade, logo, na contratação do MEI importante a liberdade da prestação de serviços por terceiros no contrato entre as partes.

## **1.2. Onerosidade**

Na legislação trabalhista, o requisito da onerosidade refere-se à compensação financeira que um empregador deve fornecer a um empregado em troca da execução do trabalho. Em outras palavras, o trabalhador tem direito a ser remunerado pelo seu trabalho. Para existir uma relação de trabalho, a atividade deve ser realizada em troca de salário. Isso significa que o empregado tem direito ao salário ou outro tipo de compensação financeira acordada entre as partes.

A remuneração deve ser justa e proporcional ao trabalho realizado, e deve obedecer ao princípio da igualdade salarial, ao salário-mínimo e aos demais direitos trabalhistas previstos em lei. Além disso, os salários devem ser pagos regularmente, seja mensalmente, por hora, diariamente ou outro método de pagamento acordado. O rigor também está associado à ideia de que o trabalho realizado pelo empregado deve gerar lucro ou benefício econômico para o empregador. Por outras palavras, os trabalhadores contribuem para as atividades empresariais ou econômicas do empregador, e estes resultados são um dos fundamentos da obrigação de pagar uma remuneração (LEITE, 2022).

É importante ressaltar que o ônus não se limita à compensação financeira. Em alguns casos, os empregados podem receber vantagens ou benefícios como assistência médica, seguro de vida, vale-refeição etc. Este tipo de remuneração também é considerado parte dos encargos no domínio do direito do trabalho. Desta forma, o ônus da legislação trabalhista exige que os empregadores forneçam compensações ou benefícios financeiros aos empregados em troca do trabalho realizado. Essa remuneração deve ser justa, adequada e paga regularmente, e os direitos laborais dos trabalhadores devem ser garantidos (RESENDE, 2022).

No caso do MEI a remuneração fixada em contrato não é salário e é normalmente variável e por produtividade, podendo ser em forma de diárias, por produção ou ajustada por trabalho, evitando-se valor fixo. Ademais, o MEI não possui benefícios e não recebe férias, 13º salário, FGTS, entre outros.



### 1.3. Habitualidade

O requisito da habitualidade refere-se à regularidade e continuidade na prestação de serviços por parte do empregado. Esse requisito está relacionado à caracterização do vínculo empregatício e à distinção entre uma relação de trabalho subordinado e outras formas de prestação de serviços eventuais. A habitualidade implica que o empregado desempenhe suas atividades de forma constante e recorrente, seguindo uma rotina preestabelecida. Não se trata de um trabalho esporádico ou ocasional, mas sim de uma prática regular que ocorre durante um período significativo. Esse requisito é importante porque, para existir uma relação de emprego, é necessário haver uma relação duradoura entre o empregado e o empregador (LEITE, 2022).

A prestação de serviços deve ser contínua e criar uma relação de dependência entre as partes. Regularidade não significa necessariamente dias de trabalho específicos ou horários de trabalho específicos. Isso poderá depender das exigências e acordos firmados entre as partes, se houver cláusula de indenização na prestação do serviço. O conhecimento também está relacionado à previsibilidade das tarefas. Os funcionários devem ter uma expectativa razoável de que continuarão a ser solicitados a desempenhar as suas atividades conforme os procedimentos estabelecidos. Esta regularidade permite que os empregadores exerçam a sua autoridade sobre o trabalho e permite que os trabalhadores organizem as suas vidas em torno destas atividades laborais (RENZETTI, 2021).

Em resumo, os requisitos existentes na legislação laboral estabelecem que a prestação de serviços do trabalhador deve ocorrer de forma regular, contínua e previsível durante um período significativo. Este requisito caracteriza a relação de trabalho e é a base para a criação de uma relação de dependência entre empregado e empregador (RESENDE, 2022).

O MEI tem flexibilidade para definir os dias e horários de trabalho, não se podendo exigir uma jornada de trabalho fixa, por caber ao microempreendedor definir seus próprios horários de trabalho, inclusive, não pode ser penalizado caso não compareça ao serviço no dia combinado em contrato. Portanto, a prestação de serviços do MEI deve ocorrer eventualmente, sem continuidade e frequência, assim, não será preenchido o requisito da habitualidade e não haverá vínculo empregatício.

### 1.4. Subordinação

No direito trabalhista, o requisito da subordinação refere-se à relação de hierarquia e controle que existe entre o empregador e o empregado. Esse requisito é essencial para caracterizar o vínculo empregatício e distinguir uma relação de trabalho subordinado de outras formas de prestação de serviços, como o trabalho autônomo ou o contrato de prestação de serviços. A subordinação implica que o empregado esteja sujeito às ordens, instruções e direcionamentos do empregador no desempenho de suas atividades laborais.

O empregador tem o poder de dirigir, controlar e fiscalizar o trabalho do empregado, determinando as tarefas a serem realizadas, o modo como devem ser executadas, os horários de trabalho, entre outros aspectos relevantes (RENZETTI, 2021).

A subordinação envolve uma relação de dependência econômica e técnica, em que o empregado está sujeito à autoridade do empregador. O empregador possui o poder de direção, que inclui o poder de estabelecer regras e padrões de trabalho, supervisionar o desempenho, corrigir eventuais erros, aplicar penalidades, entre outras prerrogativas. A subordinação também implica que o empregado não possui autonomia plena na execução do trabalho.



Assim, o empregado deve seguir as orientações e determinações do empregador, nos limites estabelecidos pela legislação e pelos acordos coletivos de trabalho. O empregado não pode tomar decisões fundamentais relacionadas ao trabalho de forma independente, sem a devida autorização ou orientação do empregador. É importante ressaltar que a subordinação não se limita apenas ao aspecto hierárquico ou de controle direto, abrange também outros fatores, como a dependência econômica dos trabalhadores dos salários pagos pelo empregador e a integração dos trabalhadores na organização e estrutura produtiva da empresa (LEITE, 2022).

Desta forma, os requisitos de subordinação da legislação laboral estabelecem que os trabalhadores estão sujeitos à hierarquia e ao controle dos seus empregadores. Isto mostra que o empregador tem o direito de gerir, controlar e fiscalizar o trabalho dos seus empregados e estabelecer regras, tarefas e condições de trabalho. A subordinação é a base que caracteriza as relações laborais e garante os direitos e a proteção dos trabalhadores (DELGADO, 2020).

O MEI não deve ficar sujeito à subordinação por parte da empresa contratante. O profissional deve ter liberdade para realizar os serviços da forma que considerar mais adequada, sem qualquer tipo de relação hierárquica, de direção, fiscalização ou coordenação, sob pena de caracterização do vínculo de emprego. Nesse sentido, a jurisprudência adverte:

TRABALHADOR AUTÔNOMO. SUBORDINAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO. O trabalhador autônomo é independente no ajuste e execução; um empresário modesto, cuja empresa consiste em sua atividade pessoal e em instrumentos e elementos de escasso valor (Valentin Carrion). A presença da subordinação jurídica no contrato aliada à falta de liberdade no ajuste e execução do trabalho afastam a figura do trabalhador autônomo e resultam na configuração da relação de emprego nos moldes do artigo 3º da CLT (TRT da 12ª Região; Processo: 0000167- 94.2022.5.12.0031; data de assinatura: 02-04-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Amarildo Carlos de Lima - 3ª Câmara; Relator(a): Desirre Dorneles de Avila Bollmann).

O empreendedor individual tem que ser livre para desenvolver sua atividade, nesse sentido, se tratando como uma empresa, terá que efetuar sua atividade livremente, não sendo permitido o controle da jornada de trabalho caracterizando o requisito da subordinação e com ela a relação de emprego do prestador do serviço com a contratante, o que se destaca no seguinte julgado:

VÍNCULO DE EMPREGO. JORNADA DIÁRIA. PARÂMETRO DA REMUNERAÇÃO. PRESTAÇÃO DE TRABALHO. COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO PELO CONTRATANTE. VINCULAÇÃO AO OBJETO EMPRESARIAL. Demonstrando a prova oral que há jornada diária, cuja aferição semanal é considerada no cálculo da remuneração sob controle do réu, bem como que igualmente coordena e organiza a equipe de trabalho e fornece a ferramenta e, de outra parte, a prestação de trabalho se dava sem interrupção, mediante vinculação ao objeto empresarial, o contexto laborativo possui consistência para comprovar que se trata de contrato de emprego por estar presente o elemento da subordinação jurídica, da pessoalidade, da não eventualidade e da onerosidade, conforme exigem os arts. 2º e 3º da CLT (TRT da 12ª Região; Processo: 0000585-37.2020.5.12.0052; data de assinatura: 10-12-2021; Órgão Julgador: OJ de Análise de Recurso - 5ª Câmara; Relator(a): Gisele Pereira Alexandrino).

A subordinação é, portanto, o principal elemento para diferenciação entre o vínculo de emprego e o reconhecimento do trabalho autônomo prestado pelo MEI por intermédio



de pessoa jurídica, que celebrou contrato civil de prestação de serviços com a tomadora (RENZETTI, 2021).

## 2. O MEI NO BRASIL

O Microempreendedor Individual (MEI) passou a ser referenciado na legislação pelo Decreto Estadual n.º 52.228, de 05 de outubro de 2007, e posteriormente regulado pela Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar Federal n.º 128, de 19 de dezembro de 2008, com as alterações feitas pela Lei Complementar n.º 133, de 28 de dezembro de 2009.

A categoria foi criada no intuito de formalizar brasileiros que trabalham por conta própria sem nenhuma lei como amparo. Ao se tornar MEI, o trabalhador recebe um CNPJ, contribui com o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e, assim, faz jus a direitos e benefícios sociais como: aposentadoria por idade; aposentadoria por invalidez; salário-maternidade; auxílio-doença e outros. Ou seja, o MEI não é considerado um trabalhador informal (SEBRAE, 2023b).

Consoante a Recomendação n.º 204 da Organização Internacional do Trabalho-OIT, relativa à Transição da Economia Informal para a Economia Formal, a informalidade diz respeito a todas as atividades econômicas dos trabalhadores que não estejam cobertas ou estejam insuficientemente cobertas por disposições formais. Assim, considera-se informal aquele empregado que exerce labor de forma subordinada, onerosa, pessoal e não-eventual em relação a quem lhe toma serviço sem que tenha o vínculo empregatício reconhecido, seja pela simples negativa de assinatura da CTPS, seja pelo desvirtuamento de outra forma de contratação de trabalho, fraudando o real vínculo existente (BRASIL, 2023a). Para o empregador também há risco de manter um prestador de serviços na informalidade, pois caso haja fiscalização ou o empregado mova uma ação trabalhista contra a empresa, há muitas chances de o empregador ter que pagar duas vezes o que havia sido combinado, além de indenizações, multas e penalidades previstas na CLT. Conforme o art. 29 da CLT, o empregador terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para anotar a CTPS em relação aos trabalhadores que admitir, sendo a falta de registro, na forma do § 3º deste artigo, motivo para lavratura do auto de infração, pelo Fiscal do Trabalho, que deverá, de ofício, comunicar a falta de anotação ao órgão competente, para o fim de instaurar o processo de anotação. Ainda, na forma do art. 29-A da CLT a falta do registro implicará em multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por empregado prejudicado, acrescido de igual valor em cada reincidência e no caso de microempresa ou de empresa de pequeno porte, o valor final da multa aplicada será de R\$ 800,00 (oitocentos reais) por empregado prejudicado, conforme estabelece o §1º deste artigo (SEBRAE, 2023c).

Há que se ressaltar, também, que em casos de acidente de trabalho, havendo necessidade de benefícios ou até mesmo auxílio-maternidade, caberá ao empregador arcar com todas essas indenizações, já que o funcionário não está registrado no INSS, porém tem esses direitos. Ademais, as ações trabalhistas contra a empresa desgastam a imagem desta perante a sociedade.

Assim, o Microempreendedor Individual (MEI), foi uma inovação na legislação brasileira que revolucionou o empreendedorismo no país, posto que representa uma categoria empresarial simplificada, que pode transformar trabalhadores informais em empreendedores formais, com direitos e benefícios estabelecidos em Lei.



De acordo com informações disponibilizadas pelo Portal do Empreendedor, gerenciado pela Receita Federal do Brasil, o MEI tem se consolidado como uma opção popular para empreendedores individuais no país. Desde sua criação em 2008 até 2022, o número de MEIs registrados no Brasil tem crescido significativamente, com o número de, até dezembro de 2022, superior a 14.820.000 de MEIs registrados no país. O número de MEIs apresenta um crescimento constante ao longo dos anos, com muitos empreendedores optando por essa modalidade de negócio devido às facilidades e benefícios oferecidos, estando, assim, distribuídos em diversos setores de atividade, incluindo comércio, serviços e indústria, distribuídos em todo o Brasil e registrados em vários estados e municípios, sendo alternativa viável em algumas áreas (SEBRAE, 2023c).

## **2.1. A legislação nacional sobre o MEI**

A legislação brasileira define microempreendedores individuais (MEIs) como uma categoria jurídica simples para pequenas empresas. O MEI foi regulamentado pela Lei Complementar n.º 128/2008. Assim, segundo a legislação, MEI é a pessoa física que exerce individualmente atividades econômicas como empresário e atende a critérios específicos.

Para se tornar MEI devem ser atendidos alguns requisitos, além do cadastro no site gov.br, a renda anual para MEI deve ser de até R\$ 81.000,00, caso a renda ultrapasse esse limite, o empresário deverá mudar para outra categoria empresarial. Há que se considerar, ainda, que somente algumas atividades são permitidas para o MEI, havendo uma lista de atividades econômicas que podem ser exercidas, abrangendo diversas áreas, como comércio, serviços e indústria. O MEI não pode ser sócio, administrador ou titular de outra empresa e, ainda, deve se adequar há algumas características específicas em relação ao pagamento de tributos e obrigações.

Apesar da comodidade e dos benefícios que o MEI oferece, é importante entender que essa categoria possui limitações em termos de faturamento e expansão dos negócios. Caso uma empresa ultrapasse o limite do MEI, ela deverá migrar para outro setor, como Microempresa (ME) ou Pequena e Média Empresa (EPP). Há também a limitação em relação a ter funcionários, sendo permitido que o MEI tenha possibilidade de registrar somente um empregado.

Ao se cadastrar como empreendedor individual, o solicitante adquire personalidade jurídica, sua atividade ganha um número de identificação, na qual dará direito ao recolhimento de valores fixos de impostos abrangidos pelo Simples Nacional (SIMEI) que o isentará de pagamento de impostos federais (SEBRAE, 2023b). O empresário conta com outros benefícios como dispensa de contratação de contador, não necessita efetuar escrituração de livros, caixa e razão etc.

Tais benefícios incentivaram a regularização e a contratação de profissionais, o empreendedorismo é de suma importância para a sociedade evoluir economicamente, já que pela regularização o profissional sente-se motivado tendo a certeza de que contribuirá para o crescimento de sua renda através do seu trabalho. A legislação que permitiu a criação do MEI se deu em meio ao desemprego e informalidade. O desemprego gerava problemas sociais graves, como queda do poder de compra, consequentemente menos investimentos que resultou a diminuição da atividade econômica.



## 2.2. O microempreendedor individual e a pejetização

A pejetização segundo Garcia (2021), é um termo que se refere a contratação de serviços através da pessoa jurídica, para que não se caracterize como empregado gerando vínculo empregatício. Se torna a estratégia de algumas empresas para reduzir os custos de contratação dos profissionais (DELGADO, 2020).

A Lei n.º 8.212/1991, que trata da seguridade social, é uma das leis que facilitaram a criação de pessoas jurídicas para prestação de serviços, conforme Delgado (2020), essa Lei instituiu a figura do contribuinte individual, que poderia ser pessoa física ou jurídica, inclusive para ser prestador de serviço, contribuiu com isso pela prática da pejetização.

Após, a Lei n.º 9.876/1999, alterou a redação do art. 12 da Lei n.º 8.212/1991, permitindo a criação de empresas de serviços com natureza intelectual, inovando ao incorporar em seu texto, permissão para ceder os direitos autorais e de imagem (SARAIVA, 2022), e incentivando seu uso em atividades que envolviam produção de conhecimento, artes e ciência. Ainda, foi promulgada a Lei n.º 11.196/2005, conhecida como a Lei do Bem, que influenciou a prática da pejetização, ao estabelecer incentivos fiscais para as empresas que realizassem pesquisa, inovações e tecnologia, incluindo novas formas de contratação de pessoas jurídicas, já que algumas empresas começaram a buscar prestadores de serviços que se enquadrassem nessa modalidade que tinha incentivo fiscal (NASCIMENTO, 2014).

Com a reforma trabalhista, instituída pela Lei n.º 13.467/2017, que também contribuiu com a prática da pejetização, se abriu a possibilidade da flexibilização das regras sobre terceirização e contratação da atividade fim como pessoa jurídica. Essas mudanças contribuíram para o aumento da pejetização, já que as empresas conseguiram reduzir os custos dos encargos trabalhistas (SARAIVA, 2022).

A efetivação da pejetização se dá quando o tomador do serviço contrata um prestador como pessoa jurídica para exercer determinada função que poderia ser realizada por um empregado devidamente contratado pelo regime da CLT. Sendo assim, com esse tipo de contrato ficará descaracterizado a relação de emprego e se concretiza na maioria das vezes pelo poder do contratante que cria no prestador do serviço a falsa impressão de que este terá maiores benefícios (DELGADO, 2020).

A prática de contratar um prestador de serviço pode gerar dúvidas acerca de seus limites e implicações jurídicas. Segundo Saraiva (2022), a pejetização pode ser considerada, uma maneira irregular de contratação, pois na maioria das vezes é feita para burlar a legislação trabalhista. Enquanto a terceirização realizada na legalidade é uma forma lícita para contratação de serviços.

O entendimento jurisprudencial era que haveria limites para atividades terceirizadas, inclusive era um tema objeto da Súmula 331 do TST, que proibia a terceirização, permitindo algumas exceções como o serviço de vigilância, conservação, limpeza e atividade meio, sendo, assim, proibida a terceirização da atividade fim. No ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal, julgou a ADPF 324 que fixou a tese que é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre contratante e o empregado da contratada (BRASIL, 2018).

Segundo o entendimento de Delgado (2021), a terceirização pode ampliar o nível de competitividade das empresas, aumentando sua eficiência de produção e prestação de serviços, se atentando sempre as questões trabalhistas que envolvem as relações de trabalho e emprego. Sendo importante que a terceirização seja efetuada de forma ética e responsável, observados os direitos garantidos aos trabalhadores (SARAIVA, 2022).



A terceirização é um contrato legal, tornando-se uma forma segura para empresas contratantes, afinal a responsabilidade pelo trabalhador contratado se transfere, porém, se esta contratação se der de outras formas com intenção de se burlar direitos trabalhistas a prática é a conhecida pejetização (GARCIA, 2021).

### **3. A POSSIBILIDADE DE REGULAR CONTRATAÇÃO DO MEI SEM VÍNCULO DE EMPREGO**

Os contratos de prestação de serviços para microempreendedores individuais (MEIs) seguem as mesmas diretrizes gerais dos contratos comerciais gerais, embora não existam atos jurídicos específicos que se apliquem apenas ao contrato MEI, é importante cumprir os requisitos básicos para garantir a segurança jurídica da relação entre as partes envolvidas.

Alguns requisitos importantes a serem considerados na elaboração de um contrato de prestação de serviços para MEI são: a) a identificação das partes, com detalhamento completo do MEI, incluindo nome, número de inscrição e endereço do CNPJ; b) o objeto do contrato, descrito de forma clara e detalhada os serviços prestados pelo MEI; c) o prazo e condições de execução dos serviços; d) a remuneração e forma de pagamento; e) as responsabilidades e obrigações das partes, estabelecendo aspectos como qualidade do serviço, entrega de materiais, garantias, segurança no local de trabalho e confidencialidade; e) a forma de rescisão, contendo termos e procedimentos para o período de aviso e as consequências financeiras da rescisão antecipada.

Na elaboração de um contrato de MEI, é indispensável a exteriorização da autonomia do prestador de serviços, que não é subordinado ao contratante, sendo livre para exercer o seu negócio, sem determinação rigorosa de jornadas de trabalho ou imposição de penalidades relativas à subordinação hierárquica, a qual não estão sujeitos os microempreendedores individuais, eis que são livres para realizar os serviços da forma que considerarem mais adequada, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade e habitualidade (RESENDE, 2020).

Neste contexto, é indispensável que a contratação de MEI seja realizada adequadamente, com um contrato de prestação de serviços bem detalhado e alinhado entre as partes, sendo expressamente vedado a contratação de um funcionário formal como CLT e posterior recontração dele como MEI, exceto após um período de quarentena de no mínimo 18 meses, nos exatos termos dos artigos 5º-C e 5º-D da Lei 6019/74, que estabelecem:

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados (Incluído pela Lei n.º 13.467, de 2017).

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (Incluído pela Lei n.º 13.467, de 2017).

Portanto, é vedada a contratação de MEI que tenha nos últimos 18 meses, prestado serviços na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados e, ainda, é proibido



recontratar como MEI empregados que tenham sido dispensados da empresa tomadora dos serviços antes do decurso desse prazo de 18 meses, sob pena de caracterizar a nulidade da contratação e como consequência ensejar a declaração de vínculo de emprego (RESENDE, 2020).

A legislação trabalhista brasileira estabelece critérios para distinguir entre relações de trabalho autônomo (por exemplo, MEI) e relações de trabalho e emprego, portanto, esses fatores devem ser considerados para regular prestação dos serviços, devendo ser respeitado a autonomia deste trabalhador.

### 3.1. A regular contratação do MEI no Brasil na jurisprudência

Há discussão em torno do vínculo de emprego de trabalhadores autônomos, dentre elas do MEI, é recorrente no âmbito do judiciário. Segundo Coutinho (2023), mais da metade das 6.148 reclamações movidas no Supremo Tribunal Federal – STF, no ano de 2023, são ações de empresas questionando decisões da Justiça do Trabalho, sendo ao todo 3.334 recursos do tipo protocolados no STF de janeiro a novembro de 2023, um número que vem aumentando a cada ano desde que foi aprovada a reforma trabalhista, que possibilitou a contratação de autônomos nas diversas áreas empresariais.

Na jurisprudência catarinense, o tema se faz presente, havendo diversas decisões que declaram a regularidade da contratação do trabalhador como autônomo, neste sentido destacam-se:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TÉCNICO DE MANUTENÇÃO. MICROEMPRESA INDIVIDUAL. CONTEXTO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 3º DA CLT. AUTONOMIA DA PRESTAÇÃO. CONTRATO DE ORDEM CIVIL. A definição objetivada nos autos funda-se na dicotomia da relação desenvolvida entre litigantes, posto que malgrado a execução de labor seja incontroversa, a informalidade do vínculo não patenteia sua índole. A polaridade empregado-empregador ou prestador-empendedor, torna-se, de certa forma, sofismática. Por certo que os quadros normativos que ancoram a primeira hipótese, no entanto, se solidificam nos arts. 2º e 3º consolidados, com desdobramento no art. 442 do diploma aludido. Consoante bem circunscrito pelo provimento jurisdicional rechaçado, o acervo probatório não convalida vínculo subordinado de ator social que privava de autonomia e tirocínio no ordamento de seu labor. (TRT da 12ª Região; Processo: 0000397-73.2022.5.12.0052; data de assinatura: 06-07- 2023; Órgão Julgador: Gab. Des.a. Ligia Maria Teixeira Gouvêa - 5ª Câmara; Relator(a): LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA)

O Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina (TRT12), possui entendimento referente a prestação de serviços advocatícios sem o vínculo de emprego, é o que se pode notar ao analisar a seguinte decisão:

VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. Considerando que das provas que vieram aos autos não se extrai vício de consentimento a anular o ajuste por meio do qual as partes manifestaram a vontade de constituir uma sociedade, mediante uma colaboração igualitária, com participação em lucros e prejuízos, e autonomia na execução do trabalho para a consecução de um fim único, assim como ausente a integralidade dos elementos configuradores do vínculo de emprego, notadamente a subordinação, não há declarar a fraude trabalhista e a relação empregatícia. REFORMA TRABALHISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. Em relação à matéria, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5766, declarou a inconstitucionalidade apenas da parte do disposto no § 4º do art. 791-A da CLT, que condicionava a



suspensão de exigibilidade do pagamento dos honorários sucumbenciais à falta de crédito em juízo, ainda que em outro processo, capaz de suportar a sua despesa. Referido julgamento não afastou a possibilidade de condenação do beneficiário da justiça no pagamento de honorários de sucumbência, pelo que não há falar na inexigibilidade da parcela, mas na suspensão da exigibilidade indiscriminadamente (TRT da 12ª Região; Processo: 0000622-50.2022.5.12.0034; data de assinatura: 26-10-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Gracio Ricardo Barboza Petrone - 4ª Câmara; Relator(a): Gracio Ricardo Barboza Petrone).

Em outro julgamento, o TRT12 entendeu que os pressupostos que caracterizam a relação de emprego precisam estar presentes para reconhecimento do vínculo de emprego do MEI, sendo eles a pessoalidade, eventualidade, onerosidade e subordinação, vejamos:

RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. IMPOSSIBILIDADE. São pressupostos da relação de emprego trabalho prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica. Dentre esses requisitos, a subordinação é o principal elemento de diferenciação entre a relação de emprego e o trabalho autônomo. A conjunção de esforços para o atingimento do objetivo principal das partes que celebram contrato de representação, qual seja, o lucro, não se confunde com a subordinação necessária ao reconhecimento da relação de emprego (TRT da 12ª Região; Processo: 0001004-58.2022.5.12.0029; data de assinatura: 13-10-2023; Órgão Julgador: Gab. Des.a. Lígia Maria Teixeira Gouvêa - 5ª Câmara; Relator(a): Reinaldo Branco de Moraes).

Em outra decisão o TRT12 afastou o vínculo empregatício entre motorista e plataforma que fornece o serviço, pelo fato de não estar presente o requisito da subordinação, requisito mais importante para caracterizar o vínculo empregatício:

RECURSO ORDINÁRIO. MOTORISTA DE APLICATIVO. TRANSPORTE REMUNERADO PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. A atividade de transporte remunerado privado individual de passageiros realizada por meio de celular revela a inexistência de subordinação jurídica entre o motorista que se cadastra na plataforma e a empresa que a desenvolveu e a mantém, considerando a autonomia conferida ao motorista de recusar corridas e escolher os horários de prestação de serviços conforme a sua conveniência, não havendo falar em poder hierárquico da empresa que administra o aplicativo (TRT da 12ª Região; Processo: 0000677-35.2022.5.12.0055; data de assinatura: 27-09-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Roberto Luiz Guglielmetto - 1ª Câmara; Relator(a): Roberto Luiz Guglielmetto).

Percebe-se, assim, que para chancela judicial da contratação do autônomo, é imprescindível, a inexistência dos requisitos caracterizadores do vínculo de emprego, sendo eles subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT. A presença desses requisitos opera o reconhecimento do vínculo pretendido, sendo o ônus do tomador de serviços provar que o trabalho desenvolvido não tinha natureza empregatícia, na forma do art. 818, II, da CLT. Logo, a linha é tênue para caracterização do vínculo empregatício dos microempreendedores individuais.



## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia combina a revisão da literatura doutrinária com a análise da jurisprudência de tribunais superiores, permitindo uma compreensão abrangente e crítica do tema pesquisado. Esse processo é essencial para desenvolver uma análise bem fundamentada e contribuir para o avanço do conhecimento jurídico.

A pesquisa foi a do tipo bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. O diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto, bem como elaborar os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do desenvolvimento apresentado sobre o tema é possível concluir que a contratação do Microempreendedor Individual (MEI) levanta questões importantes relacionadas à caracterização do vínculo empregatício. A legislação trabalhista estabelece requisitos claros para a configuração de uma relação de emprego, como pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação. A prática da pejotização, que consiste na contratação de trabalhadores como pessoas jurídicas para evitar encargos trabalhistas e fiscais, é considerada ilegal e pode resultar no reconhecimento do vínculo empregatício. Nesse sentido, é fundamental que as empresas hajam de acordo com a legislação vigente e evitem práticas que possam configurar fraude trabalhista. Diante do crescimento do número de microempreendedor no Brasil, é essencial maior conhecimento e cumprimento das normas trabalhistas para garantir relações de trabalho justas e transparentes.

A pesquisa bibliográfica e a análise das referências sobre o tema contribuem para uma compreensão mais aprofundada das questões envolvidas na contratação do MEI. Portanto, é fundamental que empregadores, tomadores e prestadores de serviços estejam cientes das obrigações legais e dos direitos trabalhistas envolvidos na contratação de um MEI, a fim de promover relações de trabalho equilibradas e em conformidade com a legislação vigente.

A transparência e o respeito às normas trabalhistas são essenciais para garantir a segurança jurídica das relações de trabalho no contexto do MEI no Brasil. O regime do MEI representa um avanço significativo para a formalização de pequenos empreendedores no Brasil, oferecendo uma alternativa viável para muitos trabalhadores informais. No entanto, para que o MEI cumpra seu propósito original sem distorções, é fundamental que haja um esforço coordenado para fortalecer a fiscalização, aperfeiçoar a legislação e educar todos os envolvidos sobre as responsabilidades e limites desse regime. A pesquisa reafirma a importância de uma aplicação justa e equilibrada das normas trabalhistas, garantindo que o MEI continue sendo uma ferramenta de inclusão e desenvolvimento econômico sem sacrificar os direitos fundamentais dos trabalhadores.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Daniela. **Um em cada cinco trabalhadores no mercado formal atuava como MEI em 2021, diz o IBGE**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/amp/economia/um-em-cada-cinco-trabalhadores-no-mercado-formal-atuava-como-mei-em-2021-diz-ibge,7389bf90f7946a9c784ba05891c0c83dmav7kxm1.html>. Acesso em: 25 nov. 2023.



BRASIL. **ADPF Nº 324/STF** - Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/20039>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Direitos e obrigações**. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor/quero-ser-mei/direitos-e-obrigacoes>. Acesso em 20 abr. 2024.

BRASIL. **Ministério do trabalho e emprego**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/areas-de-atuacao/combate-a-informalidade>. Acesso em: 25 nov. 2023a.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.019/74, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.htm#:~:text=L6019&text=LEI%20No%206.019%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%201974.&text=Dispõe%20sobre%20o%20Trabalho%20Temporário,Urbanas%2C%20e%20dá%20outras%20Providências](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm#:~:text=L6019&text=LEI%20No%206.019%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%201974.&text=Dispõe%20sobre%20o%20Trabalho%20Temporário,Urbanas%2C%20e%20dá%20outras%20Providências). Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto- lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho (CLT). Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 20 abr 2024.

BRASIL. Serviços e Informações do Brasil. **Cadastrar microempreendedor individual**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/realizar-registro-como-microempreendedor-individual-mei>. Acesso em: 25 nov. 2023b.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo: **Recurso ordinário trabalhista 0000167-94.2022.5.12.0031**; Data de assinatura: 02-04-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Amarildo Carlos de Lima - 3ª Câmara; Relator(a): Desirre Dorneles de Avila Bollmann. Disponível em: <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000167-94.2022.5.12.0031/2#c673df7>. Acesso em: 20/04/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo: **Recurso ordinário trabalhista 0000585-37.2020.5.12.0052**; Data de assinatura: 10-12-2021; Órgão Julgador: OJ de Análise de Recurso - 5ª Câmara; Relator(a) Gisele Pereira Alexandrino. Disponível em: <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000585-37.2020.5.12.0052/2#ffc5332>. Acesso em: 20/04/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo: **Recurso ordinário 0000397-73.2022.5.12.0052**; Data de assinatura: 06-07-2023; Órgão Julgador: Gab. Des.a. Ligia Maria Teixeira Gouvêa - 5ª Câmara; Relator(a) Ligia Maria Teixeira Gouvêa. Disponível em <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000397-73.2022.5.12.0052/2#91a60f7>. Acesso em: 21/04/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo: **Recurso ordinário trabalhista 0000622-50.2022.5.12.0034**; Data de assinatura: 26-10-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Gracio Ricardo Barboza Petrone - 4ª Câmara; Relator(a) Gracio Ricardo Barboza Petrone. Disponível em



<https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000622-50.2022.5.12.0034/2#de985f1>. Acesso em: 21/04/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo: **Recurso ordinário trabalhista 0001004-58.2022.5.12.0029**; Data de assinatura: 13-10-2023; Órgão Julgador: Gab. Des.a. Ligia Maria Teixeira Gouvêa - 5ª Câmara; Relator(a): Reinaldo Branco de Moraes. Disponível em <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001004-58.2022.5.12.0029/2#4a164a0>. Acesso em: 21/04/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo: **Recurso ordinário trabalhista 0000677-35.2022.5.12.0055**; Data de assinatura: 27-09-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Roberto Luiz Guglielmetto - 1ª Câmara; Relator(a) Roberto Luiz Guglielmetto. Disponível em <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000677-35.2022.5.12.0055/2#4a7f1a5>. Acesso em: 21/04/2024

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. **Súmula 331/TST - 21/12/1993**. Locação de mão-de-obra. Terceirização. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Revisão da Súmula 256/TST. Lei 6.019/1974. CF/88, art. 37, II. Lei 7.102/1983. Lei 8.666/1993, art. 71. Decreto-lei 200/1967, art. 10, § 7º. Lei 5.645/1970, art. 3º, parágrafo único. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=331>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A.; DA SILVA, R. **Metodologia científica**. 6 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

COUTINHO, Mateus. **'Pejotização' avança em decisões do STF e gera reação de especialistas e membros da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/11/21/pejotizacao-avanca-em-decisoes-do-stf-e-gera-reacao-de-especialistas-e-membros-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 25 nov. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19 ED. São Paulo: LTr, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 16 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica**. 9 ed. São Paula: Atlas, 2017.

IBGE – **Instituto brasileiro de geografia e estatística**, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38044-em-2021-brasil-tinha-13-2-milhoes-de-microempreendedores-individuais-meis>. Acesso em: 25 nov. 2023.

LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4ª edição. Grupo GEN, 2016. 9788597008821. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

PRETTI, Gleibe; RIBEIRO, Reginaldo Nunes. **Terceirização e a pejotização do contrato de trabalho**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95110/terceirizacao-e-a-pejotizacao-do-contrato-de-trabalho>. Acesso em: 14 abr. 2024.

RENZETTI, Rogério. **Manual de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E- book. ISBN 9786559641079. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641079/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. *E-book*. ISBN 9788530989552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/>. Acesso em: 16 set. 2023.

RFB - **Receita Federal do Brasil**. 2007. Disponível em: <https://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/noticias/NoticiaCompleta.aspx?id=62d6dd3a-f2c3-47ee-a392-f6a714bc6eea>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**: Salvador: JusPODIVM, 2022.

SEBRAE - **Serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas**. 2023a  
Disponível em: <https://www.sebrae-sc.com.br/blog/voce-sabe-o-que-e-um-microempreendedor-individual-mei>. Acesso em: 18 nov. 2023.

SEBRAE - **Serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas**. 2023b.  
Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ac/artigos/a-formalizacao-do-mei-assegura-o-trabalhador-autonomo,4374faf297726810VgnVCM1000001b00320aRCRD>. Acesso em: 18 nov. 2023.

SEBRAE - **Serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas**. 2023c  
disponível em: [https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/brasil-tem-quase-15-milhoes-de-microempreendedoresindividuais,e538151eea156810VgnVCM1000001b00320aRCRD#:~:text=Os%20Microempreendedores%20Individuais%20\(MEIs\)%20comp%C3%B5em,%20e%20mpresas%20formais%20do%20pa%C3%ADs](https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/brasil-tem-quase-15-milhoes-de-microempreendedoresindividuais,e538151eea156810VgnVCM1000001b00320aRCRD#:~:text=Os%20Microempreendedores%20Individuais%20(MEIs)%20comp%C3%B5em,%20e%20mpresas%20formais%20do%20pa%C3%ADs). Acesso em: 20 abr. 2024.

SORDI, José Osvaldo de. **Elaboração de pesquisa científica**: seleção, leitura e redação. São Paulo: Saraiva, 2013.



## A NECROPOLÍTICA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA SOB A ÓTICA DO NECROPODER

Alhandra Cristina Moraes Antunes Tepedino<sup>1</sup>

Henrique Murtinho de Borba<sup>2</sup>

Luciene Dal Ri<sup>3</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa teve por objetivo analisar os dados estatísticos do sistema penitenciário gerido pelo poder Executivo, a Lei n° 14.843/2024 sobre a restrição da saída temporária, bem como a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional segundo a ADPF n° 347, como manifestações da necropolítica pelo Estado brasileiro. A hipótese inicial foi de que as decisões e as atuações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, são manifestações da Necropolítica, tendo como base a análise da população carcerária existente atualmente nos estabelecimentos prisionais. Utilizou-se a metodologia dedutiva, com o método de procedimento monográfico, e com método de pesquisas, bibliográfico e documental. Concluiu-se, após conceituação histórica acerca da necropolítica, bem como diante da análise do cenário precário do cárcere brasileiro e das políticas de exclusão e segregação dos presos do seio social, que os poderes Executivo e Legislativo têm fomentado a necropolítica no Brasil, sob o baluarte de deixar os corpos cerrados à própria sorte, mantendo-os alheios do convívio social em um cenário de exceção em que as instalações e assistência oferecidas estão ao arrepio da Constituição, sendo reconhecido pelo poder judiciário um estado de coisas inconstitucional.

**Palavras-chave:** Necropolítica. Biopoder. Sistema Carcerário Brasileiro. Estado de Coisas Inconstitucional

**Abstract:** The present research aimed to analyze the statistical data of the penitentiary system managed by the Executive branch, law 14.843/2024 on the restriction of temporary release, as well as the declaration of the Unconstitutional State of Affairs according to ADPF n° 347, as manifestations of necropolitics by the Brazilian State. The initial hypothesis was that the decisions and actions of the Executive, Legislative and Judiciary are manifestations of Necropolitics, based on the analysis of the prison population currently existing in prison establishments. The deductive methodology was used, with the monographic procedure method, and with a research, bibliographic and documentary method. It was concluded, after a historical conceptualization of necropolitics, as well as taking into account the analysis of the precarious scenario of the Brazilian prison and the policies of exclusion and segregation of prisoners from the social sphere, that the Executive and Legislative powers have fostered necropolitics in Brazil, under the bulwark of leaving prisoners to their own devices, keeping them away from social life in a scenario of exclusion in which the facilities and assistance offered violate the Constitution, recognizing, by the Judiciary, the unconstitutional state of affairs.

**Keywords:** Necropolitics. Biopower. Brazilian Prison System. Unconstitutional State of Affairs

1. Graduanda em Direito. Centro Universitário Católica de Santa Catarina; alhandratepedino.dir@gmail.com.

2. Graduando em Direito; Centro Universitário Católica de Santa Catarina; murtinhodeborbahenrique@gmail.com.

3. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2003), Mestre em Estudos Medievais pela Pontifícia Università Antonianum (2006) e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza (2009). Professora no Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais, da Universidade do Vale do Itajaí e da Università degli Studi di Perugia (Itália). Professora membro do Módulo Jean Monnet no PPGDMT/UNIVALI. Leciona nos cursos de graduação em Relações Internacionais e em Direito da UNIVALI, bem como no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Membro do Projeto de Pesquisa Internacional Conjunto PPCJ/UNIVALI com a Delaware Law School/Widener University (EUA) e Professora designada para lecionar disciplinas em inglês no âmbito do convênio de Dupla Titulação/Diplomação nos níveis de Mestrado e Doutorado do PPCJ/UNIVALI com aquela IES estadunidense. Bolsista Fapesc no Projeto para apoio à Internacionalização plena do curso de doutorado acadêmico em Ciência Jurídica/Univali em dupla diplomação com a Delaware Law School/Widener University (EUA), por meio do aperfeiçoamento para atividades de ensino, pesquisa e extensão. Visiting Scholar na Delaware Law School/Widener University. Pesquisadora na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, História do Direito, Teoria Geral do Direito e Migração.



## INTRODUÇÃO

Achille Mbembe (2018), ao desenvolver a tese da necropolítica, conceitua-a como um instituto relacionado à decisão de delimitar o grupo de pessoas que vão viver e aquelas que serão deixadas para morrer, qualificando-as por quesitos sociais e raciais. Nesse norte, considerando que a população penal é composta de maioria negra e com baixa escolaridade, além de outros grupos de vulneráveis quais sejam: LGBTQIAP+, idosos e indígenas, faz sentido entender se os poderes da República interferem, com suas decisões, de modo a inserir a necropolítica no seio do sistema carcerário brasileiro, furtando-se de tal instituto para realizar uma espécie de gestão de corpos.

Assim, o presente trabalho busca responder a seguinte indagação: As decisões e a atuação dos poderes da República, no âmbito do sistema carcerário, têm evidenciado a existência da necropolítica?

Diante disso, elegeram-se como hipótese a ser, ou não, confirmada ao final da pesquisa, se as decisões e a atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em observância da população carcerária brasileira, são manifestações contundentes da necropolítica.

A partir daí, como objetivo geral, esse estudo busca analisar as atuações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no sistema carcerário brasileiro sob a ótica da necropolítica. No que tange os objetivos específicos, estes são: a) conceituar a necropolítica sob a ótica da soberania e seus aspectos históricos; b) contextualizar o sistema carcerário brasileiro através de dados estatísticos, evidenciando o objetivo teórico da ressocialização dos internos; e, c) analisar se a atuação dos poderes da República são instrumentos que evidenciam a necropolítica no sistema carcerário brasileiro.

A fim de alcançar os objetivos supracitados, o estudo se inicia com o conceito de necropolítica apresentado por Achille Mbembe (2018), além de pontos sobre biopoder e biopolítica de Foucault. A partir daí debruça-se sobre o sistema carcerário, no âmbito do poder Executivo, fundamentado no Relatório de Informações Penais (RELIPEN). Na esfera legislativa passa-se à análise da Lei nº 14.843/2024, que restringe a saída temporária e, por fim, no poder Judiciário, estudamos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, a qual declara o estado de coisas constitucional no sistema carcerário brasileiro.

A pesquisa científica em questão elege o método de pesquisa dedutivo visto que partimos do conceito geral de necropolítica para identificá-lo de forma pontual nos três poderes da República. Além disso, foi utilizado o procedimento monográfico, em razão do estudo de determinado tema específico, qual seja, a atuação dos poderes da República como instrumento ao fomento da necropolítica no Brasil. Em relação às técnicas de pesquisas, foram adotadas a bibliográfica, uma vez que a análise parte de obras já publicadas, doutrinas e artigos jurídicos, e a documental, visto que serão analisadas a legislação e a jurisprudência existentes.

No presente estudo apresentará, na próxima seção, a conceituação da necropolítica sob a ótica da soberania e seus aspectos históricos, bem como o entendimento dos principais autores acerca da temática em questão. Partindo dessas definições, a segunda seção buscará contextualizar o sistema carcerário brasileiro e seu pertencimento ao poder executivo baseado em dados estatísticos. No que tange a terceira seção, esta abordará o estudo da Lei nº 14.843/2024, no âmbito do poder legislativo,



principalmente no que cerne a restrição da saída temporária, e seu viés necropolítico. Finalmente, a última seção trará a conceituação e a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, através do julgamento da ADPF nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal.

## **1. CONCEITUAÇÃO DA NECROPOLÍTICA SOB A ÓTICA DA SOBERANIA E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS**

O conceito de necropolítica fora desenvolvido por Achille Mbembe (2018), em sua obra homônima, na qual o autor discorre acerca da aplicação e instrumentalização do necropoder no decorrer da história, com especial ênfase n/os quesitos raciais e sociais. O filósofo camaronês tece sua tese calcado na relação ventilada pela soberania Estatal, demonstrando a utilização do biopoder e biopolítica foucaultiana para delimitar e identificar os indivíduos que devem viver e aqueles que devem morrer (MBEMBE, 2018).

Sob essa perspectiva tem-se, na história, a realização de investidas bélicas entre nações, as quais possuem como cabeça da operação a necessidade de demonstração de poder do soberano sobre outras nações, determinando, de forma ainda que indireta, a morte daqueles que lutam por seu nome (FOUCAULT, 1988). Assim, os efeitos do poder do soberano eram exercidos em face da vida de seus súditos, podendo ele findá-las de forma discricionária a qualquer tempo (FOUCAULT, 1999).

Tal poder fáustico por muito fundou os alicerces sociais que versam sobre a relação entre o governante e o governado, utilizando, os soberanos, de um poder sobre a morte de seus súditos que somente se limitava ao divino, uma vez que na terra eram aqueles que decidiam quem vivia e quem sucumbia, sendo seu poder de controle sobre o homem, no exício do governado, transferido ao divino (FOUCAULT, 1988).

Ocorre que tal faculdade ilimitada de controle sobre a morte foi perdendo prestígio e força no decorrer dos séculos, sucumbindo, a partir da época clássica, à ideia de confisco da vida, dando lugar à incontrolável vontade de viver, competindo ao Estado soberano a gestão, majoração e multiplicação da vida (FOUCAULT, 1988). Isso alterou a dinâmica social do exercício do poder que deixa de figurar como soberano, aquele que faz morrer e deixar viver, para atuar fazendo viver e deixando morrer (FOUCAULT, 1999).

Tamanho o anseio do fazer viver dos governados, que a matéria bélica utilizada pelos governantes para a conquista e manutenção do poder fundava-se tão somente na necessidade da vida, ocasionando uma escalada de guerras em que o único objetivo orbitava no pleno exercício da vida e suporte do Estado soberano (FOUCAULT, 1988). Assim, a guerra passa a ser o meio central de alcançar a soberania e demonstrar seu direito ilimitado de matar (MBEMBE, 2018) demonstrando, de pronto, a tônica em que a vida é subjugada ao poder de matar daquele que detém o controle dos corpos (ALMEIDA, 2019).

Sob esse aspecto, Achille Mbembe (2018) discorre que o fato de matar ou morrer é a representação pura da soberania, onde o próprio conceito de ser soberano decorre do exercício sobre a mortalidade, bem como delimitar a forma a ser vivida para garantir a sua manutenção. Assim, em virtude da inversão da ordem outrora observada, no que tange a influência do soberano, floresce a ideia de que o poder se vincula ao controle não mais sobre a morte, mas sobre a vida, de modo a mantê-la, prolongá-la ou deixar findar-se (ALMEIDA, 2019).

Como instrumentalização do poder, inaugura-se a concepção de elementos de regulamentação da vida, dando espaço a manifestação daqueles que estão vinculados à



biopolítica e ao biopoder, os quais se dirigem a acontecimentos aleatórios que possam vir a ocorrer em uma sociedade (FOUCAULT, 1999).

A biopolítica deve ser encarada como uma forma de separar, de forma contínua e ininterrupta, aquilo que se encontra dentro e o que se encontra fora dos domínios do poder e do interesse do soberano, constando como matéria de estratégia a própria vida natural que se transmuta em mero instrumento de decisão soberana (AGAMBEN, 2002). Ocorre que, ante a aplicação de tal máxima, o poder soberano não mais fica vinculado a zonas questionáveis de discricionariedade do Leviatã, mas inicia uma conversa íntima com elementos jurídicos, médicos, científicos e afins, os quais respaldam e dotam de legitimidade o exercício decisório sobre a vida e sobre a morte (AGAMBEN, 2002).

Pode-se observar que o objeto sob análise do poder soberano não se limita mais a mera vontade de morte, mas sim a mensuração do valor da vida, ou seu desvalor, perante a sociedade (AGAMBEN, 2002), o que permite a perfectibilização do deixar morrer brotar ante o olhar social.

Sob essa perspectiva biopolítica, cria-se a divisória social em um critério de hierarquia e importância da vida, separando, mediante instrumentos socialmente legítimos, aqueles que são bons e maus, entre aqueles que merecem a manutenção da vida e aqueles que devem perecer à morte (ALMEIDA, 2019).

Acerca dessa máxima, Giorgio Agamben (2002) define o corpo daqueles irrelevantes para a sociedade, o *homo sacer*<sup>4</sup>, como fruto desse deslocamento de importância política para o soberano, impulsionado pela valorização e politização da vida mutável a cada tempo. Nesse sentido, fica evidente que cada sociedade e, todas as sociedades, fixam limites e elegem padrões para enquadrar aqueles que podem impunemente ser eliminados. Portanto, o poder se situa, e exprime, de forma mais límpida, no controle da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços de população (FOUCAULT, 1988), reduzindo os corpos em mero local de decisão do soberano, que o faz por instrumentos valorativos (AGAMBEN, 2002).

Achille Mbembe (2018) reforça que a adoção das medidas biopolíticas no exercício do biopoder decorre da percepção de que o outro sustenta um possível atentado contra sua existência, tornando a aniquilação uma segurança e potencial de vida, resguardando a manutenção do poder e a soberania exercida. Nesse aspecto, cria-se a figura da vida indigna a ser vivida, conceito político que denota a metamorfose da vida matável e sacrificável do indivíduo como externalização do poder soberano (AGAMBEN, 2002).

Tal prática biopolítica da população pode ser observada em meados do século XVIII, oportunidade em que se inicia uma intervenção estatal visando a administração regulamentadora dos corpos, de modo a transpassar a mecânica do ser vivo como suporte dos processos biológicos, tais como a natalidade, longevidade, saúde, entre outros elementos sociais; traduzindo-se na gestão calculista da vida humana (FOUCAULT, 1988).

A saúde, segurança, saneamento, alimentação e afins são exercidos/controlados pelo poder estatal, o qual instrumentaliza, ante sua ausência, o deixar morrer daqueles corpos indesejados (ALMEIDA, 2019), agora aplicando sua agenda de ceifar a vida de forma sutil, racional e econômica (FOUCAULT, 1999).

Nessa construção de poder, a vida nua do indesejado se torna sujeito-objeto da política estatal (AGAMBEN, 2002), perdendo a seu conceito jurídico-natural posto, sendo de competência do soberano decidir o ponto em que a vida deixa de ser politicamente relevante para o plano social e, por consequência, passível de interrupção discricionária.

---

4. Tradução livre: homem sagrado



Pelo prisma histórico-social, observa-se uma potencialização do biopoder, como instrumento da necropolítica, em estados de exceção, em que o poder soberano era exacerbado sob o pretexto de proteção biológica e soberania nacional. No citado cenário vislumbra-se, com maior clareza, a incidência da influência estatal sobre os governados em uma pauta de aniquilação ao inimigo ficcional criado na narrativa bélica (MBEMBE, 2018).

Nessas circunstâncias, pode-se perceber a conversão da biopolítica, sob o pretexto de proteção do corpo biológico dos indivíduos na modernidade, para uma estratégia de tanatopolítica (AGAMBEN, 2002), a qual visa a aniquilação de toda uma classe especificada pelo soberano.

Segundo Giorgio Agamben (2002), a prática exacerbada do biopoder moderno foi instrumento norteador do terceiro reich o qual oportuniza uma fusão entre a tutela da vida e a luta contra o inimigo, de modo a evidenciar uma escalada homérica a fim de aniquilar aqueles que, sob instrumentos declarados legítimos, eram pessoas indignas de viver sob os olhos do estado nacional-socialista. Para além dos desafetos declarados, o governo nazista, sob o pretexto de purificação da raça ariana, iniciou uma biopolítica que se debruça para além da dominação e aniquilação de raças distintas, mas do próprio povo alemão que, ao passo de doenças pré-existentes, representavam uma ameaça à manutenção biológica alemã, aplicando como política pública, sob a aparência de um programa humanitário, o *Euthanasie-Programm*<sup>5</sup> que visava a eliminação daqueles considerados indesejados aos olhos da ciência e do Estado.

Não obstante às atrocidades do regime nazista, verifica-se como outro grande exemplo de biopoder/necropoder, o regime de segregação racial que perdurou na África do Sul entre os anos de 1948 a 1994. Nesse cenário evidenciou-se a máxima da discricionariedade da biopolítica, de modo que o Estado definia de forma direta aqueles que importam e aqueles considerados descartáveis (MBEMBE, 2018). Sob a égide do Apartheid, fica evidente a utilização do biopoder instrumentalizado pelo racismo, o qual fora adotado como tecnologia potencializadora da ideia prima de supremacia sobre raças, delimitando de forma biológica aqueles mercedores da vida e os que devem ser desprezados pelo Estado soberano (ALMEIDA, 2019).

Ainda que findo o período de evidente biopolítica/necropolítica nos regimes autoritários, nos tempos atuais é possível observar, mesmo que de forma velada, a existência e incidência de tal instrumentalização do poder soberano sobre a vida. Contudo tal delimitação que outrora era monopólio do Estado, através de políticas estatais de segurança pública, deu lugar à comunicação de massas, que tem o poder de fomentar e criar subjetividade da sociedade sobre um grupo, legitimando o ambiente de necropolítica (ALMEIDA, 2019). Dessa maneira, se propicia e justifica o resultado morte de um grupo pré-definido como meio para a manutenção da segurança e da economia posta, utilizando o Estado, da morte e do encarceramento, como meio de controlar e exercitar seu biopoder sob a ótica de deixar morrer.

Sob este baluarte, é notório que a necropolítica não se figura como um elemento teórico singular utilizado para justificar os feitos passados, mas sim um instrumento contemporâneo que tem como base a justificação da gestão dos corpos. Tal prática é fundada sob o prisma de políticas públicas, sejam elas ativas ou passivas, que visam a manutenção de uma visão de Estado, tendo as instituições e os poderes da República como meios perpetuadores de tal cenário.

---

5. Tradução livre: Programa de Eutanásia.



## 2. PODER EXECUTIVO – O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Conforme a Lei nº 14.600/2023, a qual disciplina sobre a organização básica da Presidência da República, o Ministério da Justiça e Segurança Pública é um órgão da administração pública federal direta, o qual, dentre outras atribuições legais, é responsável pelo planejamento, coordenação e administração da política penal nacional (BRASIL, 2023a).

Nesse sentido, o poder Executivo, por intermédio do Ministério da Justiça, assume papel fundamental na observância dos ditames penais, gerindo as políticas e estabelecimentos prisionais, visando o cumprimento e execução das penas postas pelo poder judiciário, advindas do direito processual penal (BRITO, 2023).

Sob esse aspecto, a Lei nº 7.210/1984, conhecida como Lei de Execução Penal, dispõe sobre a criação do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), atualmente denominada Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), em seu artigo 71, instituindo-o como “órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 1984).

As competências da SENAPPEN estão previstas no artigo 72 da referida lei (BRASIL, 1984) a qual dispõe o dever de acompanhar a aplicação da lei penal bem como fiscalizar os estabelecimentos penais em todo o território nacional.

Nesse diapasão, conforme o inciso II do artigo 72 da Lei nº 7.210/1984, a secretaria tem como instrumentalização fundante a observância e fomento do princípio constitucional positivado no artigo 5º, inciso XLIX da Carta Política, em que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Tal exercício democrático de observância das condições mínimas de subsistência dos internos do sistema carcerário brasileiro, tem sido fundamental para a adoção de políticas públicas, porém não se mostrando eficaz para combater os desvios existentes no sistema atualmente. Sob este aspecto, Norberto Avena (2019) discorre que o Brasil vem se mostrando ineficaz no alcance das normas postas que versam sobre o cárcere, uma vez que as instalações prisionais, apresentam arrepio à dignidade da pessoa humana, afastando de forma sistemática a ressocialização norteadora do cárcere.

Visando demonstrar de forma contínua e progressiva a realidade do sistema carcerário brasileiro, seja nas prisões estaduais, seja nas federais, o SENAPPEN, por intermédio do Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN), publica, de forma semestral, o Relatório de Informações Penais (RELIPEN), dossiê que demonstra de forma estatística a realidade do sistema penitenciário brasileiro.

Conforme o relatório do segundo semestre de 2023, (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024b), a população carcerária no Brasil, a qual compreende as penitenciárias estaduais e federais, é de 643.008 detentos, em um sistema que possui capacidade para 488.248 pessoas, causando, de pronto, um déficit de 155.283 vagas prisionais na seara estadual e um superávit de 523 vagas disponíveis nas no âmbito federal, o que vêm fomentando a superlotação do sistema carcerário e, por consequência, aviltando a integridade física e moral dos internos. Dessa população carcerária, 175.315 são presos provisórios, não tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal cenário de superlotação fomenta, de forma direta, a proliferação de doenças e morte dos apenados. Conforme o relatório divulgado, houve entre julho e dezembro de 2023, 860 mortes nos presídios (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA,



2024b), demonstrando a incapacidade do poder público em realizar a custódia daqueles postos sob sua guarda.

Não obstante as vidas ceifadas, a superpopulação carcerária, a qual impossibilita os cuidados básicos, vêm propiciando transmissão de infecções sexualmente transmissíveis (ISTs), como HIV, Sífilis, Hepatite, Tuberculose e Hanseníase. Conforme os dados estatísticos, no segundo semestre de 2023, foram contabilizadas cerca de 29.373 pessoas contaminadas no seio do sistema carcerário brasileiro (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024b).

Tendo esse cenário como plano, em uma análise sobre o cárcere brasileiro, é possível observar a parcela da sociedade que vem sendo submetida ao encarceramento. Conforme o relatório disponibilizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (2024b) a população carcerária é majoritariamente composta por corpos pardos e negros, os quais representam um contingente de 401.385 presos, ou seja, 62,42% do total de detentos no Brasil. Não obstante ao caráter racial, é possível identificar déficit educacional dos encarcerados, uma vez que dentre os 643.008 detentos, 14.324 são analfabetos; 23.573 são alfabetizados; 286.601 possuem ensino fundamental incompleto; 70.340 completaram somente o ensino fundamental; e 109.269 possuem ensino médio incompleto. Nesse sentido, observa-se que do contingente total dos internos no sistema carcerário brasileiro, cerca de 61,40%, ou seja, 394.838 não concluíram o ensino básico.

Sob o prisma de um exercício de viabilizar a ressocialização dos internos e reduzir os obstáculos enfrentados pelos encarcerados no retorno a sociedade após o cumprimento da pena, são fornecidas dentro do sistema carcerário brasileiro, condições de trabalho e educação (SOUZA, 2018), contudo, tais mecanismos têm se mostrado insuficientes para a atual população carcerária. Segundo o Relatório de Informações Penais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024b), no segundo semestre de 2023 somente cerca de 137.491 detentos realizaram estudos formais, bem como somente 159.241 internos laboraram, seja de forma interna, que representa 127.129 detentos, seja de forma externa, que soma um contingente de 30.112 apenados.

Não obstante o trabalho e do estudo do preso, outro dado relevante levantado pelo relatório, diz respeito às visitas cadastrada junto às penitenciárias, demonstrando que no período em estudo, 798.245 detentos receberam visitas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024b). Tal panorama é de suma importância para o progresso dos detentos, uma vez que ao permitir o contato do apenado com pessoas extra cárcere, fomenta-se e incentiva-se o exercício da ressocialização (AVENA, 2019).

Em comunhão com a ideia de acesso à sociedade externa e o exercício da ressocialização, conforme dados do relatório do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2024b), no segundo semestre de 2023, cerca de 136.185 internos foram beneficiados com o instituto das saídas temporárias, sendo demonstrado que 128.582 detentos retornaram após o fim do período concedido para ressocialização, havendo somente 5,58%, ou seja, 7.603 detentos que não retornaram ao cárcere.

Observando os dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública quanto ao diagnóstico do sistema penitenciário vigente, é possível observar com clareza o panorama racial, social e econômico dos detentos que atualmente integram os presídios, de modo a desenhar o grupo alvo dos estabelecimentos prisionais, sobre a égide de uma necropolítica em que se torna mais vantajoso, economicamente, adotar uma política de morte em detrimento de uma assistência (SOUZA; BARRETO, 2020).

Dessa maneira, ao adotar tal política de Estado, as penitenciárias, as quais são geridas pelo poder Executivo, vêm cerceando e limitando o direito à vida, à integridade



peçoal, acesso à informação dentre outros direitos eternizados na Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992), bem como maculam o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 5º, inciso XLIX, dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Dessa feita, ante a apresentação do cenário do sistema carcerário brasileiro através dos dados concatenados no relatório emitido pela pasta responsável da gestão dos presídios e penitenciárias brasileiras, fica evidente uma situação de exceção, em que os direitos basilares são constantemente afrontados. Tal cenário é se torna evidente seja pela precariedade das instalações, seja pela superlotação de corpos, os que por sua vez, são maioria pretos e com baixa escolaridade, evidenciado uma inclinação sistêmica para encarceramento em massa dessa parcela da sociedade.

Tal exercício institucional de, direta e indiretamente, sujeitar esse grupo de pessoas a realidade carcerária precária e sem assistência para a manutenção da dignidade, encontra conforto na ideia basilar da necropolítica a qual visa o deixar morrer. Tal prática, para além da mera sobrecarga do sistema prisional, se figura como uma forma de manter apartados certos coletivos que por muito foram considerados como indesejados, sendo rotulados com a estigma da vida indigna a ser vivida.

### **3. PODER LEGISLATIVO – A RESTRIÇÃO DA SAÍDA TEMPORÁRIA PELA LEI Nº 14.843/2024**

Visando observar a atuação do Poder Legislativo no que cerne as matérias atinentes à segurança pública e ao cárcere brasileiro, foi selecionada para análise a Lei nº 14.843/2024, conhecida como Lei Sargento PM Dias, a qual versa sobre matéria de cunho penal, cuja competência legislativa é exclusiva da União, conforme disposto no artigo 22, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), sendo exercida pela Câmara do Deputados e pelo Senado Federal.

A fim de entender a tramitação da lei supracitada, faz-se necessário revisitar e compreender o processo legislativo ordinário. Sobre a matéria, Marcelo Novelino (2020) conceitua que essa construção dos ritos do Poder Legislativo é composta por três fases: a introdutória, a constitutiva e a complementar.

A fase da iniciativa legislativa, a qual é abarcada pela fase introdutória, aponta os agentes que possuem legitimidade para apresentar projetos de lei, conforme o artigo 61 da Constituição Federal, sendo a regra geral a iniciativa concorrente, ou seja, aquela em que mais de uma autoridade ou órgãos possuem a legitimidade para iniciar o processo legislativo. Dentro do sistema jurídico brasileiro existe, ainda, a iniciativa privativa, em que apenas uma determinada autoridade ou órgão possui legitimidade para apresentar um projeto de lei (NOVELINO, 2020).

No que tange a fase constitutiva, Marcelo Novelino (2020) apresenta como aquela dividida em discussão, votação, aprovação e sanção, regidas pelos artigos 47, 63, 65 e 67 da Constituição Federal.

A discussão trata da deliberação sobre o projeto de lei em questão, podendo ocorrer no plenário e nas comissões permanentes, as quais são “responsáveis por examinar e emitir parecer técnico acerca da constitucionalidade (Comissão de Constituição e Justiça) e do conteúdo (comissões temáticas) do projeto” (NOVELINO, 2020, p. 699).

No âmbito da votação, que se dá, geralmente, no plenário de cada casa com quórum de aprovação estabelecido pelo artigo 47 da Constituição Federal. Cumpre



destacar que qualquer tipo de alteração no texto do projeto, ou seja, emenda sugerida por uma casa, deverá ser, necessariamente, analisada pela outra, conforme o artigo 65 da Constituição, visto que se trata de um processo bicameral que preza pelo alinhamento de interesses entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (NOVELINO, 2020).

Em relação ao instituto da sanção, Marcelo Novelino (2020) dispõe que tal movimento representa a aquiescência do Presidente da República, para leis de competência da União, podendo ser expressa, quando há manifestação ativa, ou tácita, quando não há manifestação da concordância no prazo de quinze dias, conforme disposto no artigo 66 da Constituição Federal.

Não obstante ao apresentado, faz-se necessário delimitar o instituto do veto, o qual representa a manifesta discordância, seja total ou parcial, sobre a matéria legislada pelo chefe do Poder Executivo, contudo, sendo tal ação passível de reversão, através de derrubada de veto pelo Congresso Nacional em sessão conjunta, conforme o artigo 66, §4º da Constituição (NOVELINO, 2020).

Por fim, a última etapa é a fase complementar que abarca a promulgação e a publicação da lei, movimento que não compõem o processo legislativo, visto que, neste momento, fala-se em lei, e não em projeto (NOVELINO, 2020).

Compreendido os passos teóricos do processo legislativo, torna-se possível a compreensão da tramitação da Lei nº 14.843/2024 que versa sobre a saída temporária, instituto previsto na Seção III do Capítulo I do Título V da Lei de Execução Penal.

Cumprido destacar que a matéria aventada pela citada lei, conforme Norberto Avena (2019), tem caráter executivo da pena, em que sua concessão decorre de ato motivado do juiz da execução, ouvido o Ministério Público e a administração penitenciária.

Conforme cenário pretérito ao Projeto de Lei nº 2.253/2022, o qual originou a Lei nº 14.843/2024, o benefício da saída temporária poderia ser concedido a presos do regime semiaberto para: visita familiar; frequentar curso supletivo, 2º grau ou superior na Comarca do Juízo de Execução; além de participar de atividades capazes de reinserir o preso na sociedade (BRASIL, 1984).

Em 23 de fevereiro de 2011, o Deputado Pedro Paulo (PMDB-RJ) apresentou o Projeto de Lei nº 583/2011 (PL nº 583/2011), com a seguinte ementa: “Dispõe sobre o monitoramento por instrumentos de geolocalização para os indivíduos sujeitos ao sistema penitenciário da União Federal.” (BRASIL, 2011, p.1). Passados mais de 11 anos, em 03 de agosto de 2022, a redação final, intitulada Projeto de Lei nº 583-A de 2011, foi apresentada pelo Deputado Capitão Derrite (PL/SP), com a seguinte ementa “Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e extinguir o benefício da saída temporária” (BRASIL, 2022, p. 1).

Em 04 de agosto de 2022, o PL nº 583/2011 foi remetido ao Senado Federal para revisão, sendo, em 20 de fevereiro de 2024, aprovado o texto do projeto de lei renomeando para PL nº 2.253/2022 (PL nº 2.253/2022) com as emendas propostas pela Comissão de Segurança Pública do Senado Federal (CSP) de números 2-CSP, 5-CSP e 6-CSP, conforme tramitação apresentada no site, Matérias Bicamerais, do Congresso Nacional (BRASIL, 2024).

Segundo o documento de Emendas do Senado ao Projeto de Lei nº 2.253/2022, a primeira emenda (Emenda nº 5 – CSP) se deu no texto da ementa do projeto de lei, o qual trocou a palavra extinguir por restringir, passando a dispor (BRASIL, 2024, p. 1):

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame



criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária.

No que tange a segunda emenda (Emenda nº 6-CSP), o documento supracitado apresenta uma nova redação para o artigo 1º do PL nº 2.253/2022, a qual acresceu ao texto original a denominação da norma como Lei Sargento PM Dias, além de substituir a palavra extinguir, da ementa inicial, por restringir, conforme pode-se observar (BRASIL, 2024, p. 1):

Art. 1º Esta Lei, denominada Lei Sargento PM Dias, altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária.

Em relação à terceira emenda (Emenda nº 2-CSP), fora proposta a supressão do dispositivo do PL nº 2.253/2022 que versava sobre a revogação do inciso IV do artigo 66 da Lei nº 7.210/1984 (BRASIL, 1984) que dispõe: “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: [...] IV - autorizar saídas temporárias”, conforme Emendas do Senado ao PL 2.253/2022 (BRASIL, 2024, p. 1).

No mesmo ato (BRASIL, 2024, p. 1), foi proposto que não fosse acolhida a revogação do artigo 146-B, inciso II da Lei nº 7.210/1984 que prevê que o juiz “poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: [...] II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;” (BRASIL, 1984), bem como o artigo 146-C, parágrafo único, inciso II da mesma lei, este assim dispõe:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

[...]

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

[...] II - a revogação da autorização de saída temporária.

Não obstante aos elementos trazidos acima, o projeto de Lei nº 2.253/2022 estabelece ainda outras revogações, todas referentes ao instituto da saída temporária (BRASIL, 2022, p.3):

Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal): I - inciso III do caput do art. 23; II - inciso IV do caput do art. 66; III - alínea i do inciso I do caput do art. 81-B; IV - art. 122; V - art. 123; VI - art. 124; VII - art. 125; VIII – inciso II do caput do art. 146-B; e IX – inciso II do parágrafo único do art. 146-C.

Ainda considerando a terceira emenda (Emenda nº 2-CSP), foi prevista a alteração textual do inciso IV e supressões dos incisos I a III, V e VII a IX do caput do art. 3º do projeto de lei em trâmite. Conforme as Emendas do Senado ao PL nº 2.253/2022, diante da proposta de revogação completa do artigo 122 da Lei nº 7.210/1984, a emenda em questão apresenta a manutenção parcial do artigo, com a revogação dos incisos I e III, além da alteração dos parágrafos 2º e 3º, passando a vigor com a seguinte redação, (BRASIL, 2024, p. 1-2):

Art. 122. [...]



§ 2º Não terá direito à saída temporária de que trata o caput deste artigo ou a trabalho externo sem vigilância direta o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra pessoa.

§ 3º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante ou de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

Após o trâmite legislativo na casa revisora, em 28 de fevereiro de 2024, o texto emendado e aprovado pelo Senado Federal retorna à casa iniciadora, que, em 20 de março de 2024, vota a redação final do PL nº 2.253/2022, a qual foi remetida para sanção do Presidente da República em 21 de março de 2024 (BRASIL, 2024).

No dia 11 de abril de 2024, no uso de suas atribuições, o Presidente da República sancionou a Lei nº 14.843/2024 com a seguinte ementa (BRASIL, 2024):

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária.

Ao sancionar a lei supracitada, o chefe do Poder Executivo emitiu uma mensagem de veto parcial por inconstitucionalidade, a qual se manifestou contra as alterações do artigo 122, incisos I e III da Lei nº 7.210/1984, por entender que a revogação dos referidos incisos atenta contra o artigo 226 da Constituição Federal, o qual dispõe que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 1988), e ao permitir que a saída temporária seja extinta, o direito do preso ao convívio familiar seria restringido de modo a enfraquecer a relação familiar, dificultar o retorno à sociedade, e, além disso, a atuação do Estado fugiria o equilíbrio entre a ação punitiva – privação da liberdade daquele que cometeu o delito – e a ação preventiva – vinculada à reintegração do preso à sociedade (BRASIL, 2024).

Em sessão conjunta do Congresso Nacional, realizada em 28 de maio de 2024, o veto presidencial foi apreciado pela Câmara do Deputados e pelo Senado Federal, sendo derrubado em ambas as casas. Diante de tal cenário, de acordo com a tramitação do site Matérias Bicamerais, em 11 de junho de 2024, o PL nº 2.253/2022 foi remetido para promulgação da parte, inicialmente, vetada pelo Presidente da República, a qual se entrou em vigor no dia 13 do mesmo mês (BRASIL, 2024).

Percebe-se que houve a tentativa do Presidente da República em vetar as vedações, porém sem sucesso, visto que dependeu da aprovação do Congresso Nacional, cuja maioria já se demonstrava a favor do projeto de lei.

Nesse sentido, é de suma importância ressaltar que a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), em seu texto legal, prevê a ressocialização do preso, ou seja, o retorno ao convívio social, conforme observado em seu artigo 10 (BRASIL, 1984) que dispõe: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, e as restrições impostas pela nova legislação faz com que o Estado deixe de zelar pelo retorno do preso à sociedade, mantendo-o ainda mais isolado, sem oportunidade .

Diante dos estudos apresentados nota-se que a Lei nº 14.843/2024, ao vedar os incisos I e III do artigo 122 da Lei nº 7.210/1984, a Lei de Execução Penal, resta por fazer jus a cultura social brasileira em que se tranca o “bandido” para que a sociedade encontre a paz e a felicidade, logo acaba corroborando para com o instituto da necropolítica no seio do Poder Legislativo, se utilizando da cassação de um direito conquistado.



#### 4. PODER JUDICIÁRIO – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA ADPF Nº 347

No sistema jurídico brasileiro, a Lei nº 9.882/1999 versa sobre o julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nos termos do artigo 102, parágrafo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual indica que tal ato compete ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988). A mencionada lei dispõe como cabimento para o ajuizamento de uma ADPF que a matéria apresente elementos que evidenciem como “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (BRASIL, 1999).

No que tange a legitimação para a propositura da ADPF, conforme art. 2º da referida lei, é previsto que os agentes legítimos são os mesmos autorizados a propor ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 1999), rol este que se encontra no artigo 103 da Constituição Federal.

Vencida a introdução a respeito do cabimento, competência e legitimação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, passa-se a estudar, de forma específica, a ADPF nº 347 e suas particularidades. Em 26 de maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), legitimado segundo o inciso VIII do artigo 103 da Constituição (BRASIL, 1988), visto que possui representantes no Congresso Nacional, propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal (STF), cujo objetivo principal visava o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, para que fossem adotadas, via determinação judicial, providências capazes de “sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal” (PSOL, 2015, p. 1). Nesse sentido, o PSOL, em sua petição inicial, apresentou um resumo, sob sua interpretação, das condições do sistema carcerário brasileiro (PSOL, 2015, p. 2):

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos.

Diante dessa realidade, o partido político requereu, além dos pedidos de mérito, principalmente a declaração do estado de coisas inconstitucional, o cumprimento de algumas medidas cautelares voltadas ao saneamento das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em prol do próprio detento e da segurança da sociedade, conforme a ADPF nº 347 (BRASIL, 2023b), sendo julgados parcialmente procedentes.

Vale destacar que, conforme o voto do relator Ministro Marco Aurélio, a maioria dos pedidos julgados improcedentes tem sua justificativa baseada na separação dos poderes e no sistema de freios e contrapesos, estabelecidos pela Constituição da República



Federativa do Brasil, com fundamento no artigo 2º o qual dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988), visto que alguns pedidos ultrapassavam a competência do Judiciário, como, por exemplo: encaminhamento, ao STF, do Plano Nacional, a ser elaborado pelo Governo Federal, visando a superação, em no máximo 3 anos, do estado de coisas inconstitucional, para deliberação e homologação.

Assim, diante os pedidos exemplificativos supracitados, o Ministro entende que não cabe ao Supremo Tribunal Federal “definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente”, logo não há de se encaminhar o plano de provisão de recursos para que Supremo delibere e homologue-o (BRASIL, 2023b, p. 67).

Mesmo que a inicial proposta pelo PSOL apresente um rol extenso de pedidos<sup>6</sup>, buscando objetividade e relevância para o presente estudo, dar-se-á ênfase ao pedido referente à declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Nesse viés, torna-se relevante fazer um recorte a respeito do estado de coisas inconstitucional visando compreender sua aplicação na arguição analisada. Carlos Alexandre Campos (2015, p. 87) constrói o seguinte conceito:

Trata-se de decisão voltada a “conduzir” o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos.

O autor supracitado entende que, para que seja identificado o estado de coisas inconstitucional, faz-se necessário o cumprimento de quatro pressupostos capazes de induzir que a Corte Constitucional busque a correção de falhas na garantia de direitos fundamentais em sua dimensão objetiva (CAMPOS, 2015).

O primeiro pressuposto versa sobre a constatação de uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, uma “violação sistemática, grave e contínua”, capazes de ultrapassar do mundo jurídico para a sociedade. No que tange o segundo pressuposto, este dispõe sobre a “omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”, ou seja, é a atuação deficiente do Estado (CAMPOS, 2015, p. 130).

Quanto ao terceiro pressuposto, Carlos Alexandre Campos (2015) afirma que o estado de coisas inconstitucional será identificado com a percepção da necessidade de expedição de remédios constitucionais e ordens direcionadas a uma pluralidade de órgãos para que sejam garantidos determinados direitos fundamentais. Por fim, o quarto, e último pressuposto a ser observado, tem natureza quantitativa, visto que trata do número exacerbado de afetados com possibilidade de ajuizamento de ações sobrecarregando o Judiciário com demandas referentes à violação de direitos fundamentais.

Diante disso, percebe-se que o Estado brasileiro, no que se refere a ação em análise, apresenta grandes chances de se encaixar no perfil contemplado pelos quatro pressupostos.

---

6. Por se tratar de rol extenso de pedidos, no qual nem todos são relevantes para o trabalho em questão, indica-se a leitura da peça inicial proposta pelo PSOL presente no seguinte endereço: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcl D=4783560#>. Acesso em: 09 maio 2024.



Considerando que as ações, cujo objetivo seja buscar a declaração do estado de coisas inconstitucional, versam sobre as violações de direitos fundamentais de um grupo de pessoas, Garavito e Kauffman (2014, p. 37) dissertam sobre a natureza coletiva dessas ações, visto que a individualização sobrecarregaria a Corte, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal:

*Un estado de cosas inconstitucional es un concepto desarrollado por la Corte Constitucional colombiana para ocuparse de situaciones excepcionales en las que la violación colectiva de derechos fundamentales de un grupo de personas es de tal grado, que la resolución individual, caso por caso, de las violaciones de derechos sería insuficiente para ocuparse del problema y causaría una acumulación grave de casos en la Corte. Por consiguiente, en ese tipo de casos, la Corte acumula varias acciones de constitucionalidad con respecto a la situación de la violación de los derechos, las escucha a la vez y formula entonces órdenes generales que las autoridades públicas deben seguir para ocuparse del grave problema de derechos humanos.<sup>7</sup>*

Desse modo, nota-se que, por se tratar do mesmo pedido e de vários indivíduos que sofrem as mesmas violações de direitos fundamentais, faz jus a resolução da demanda de forma coletiva, buscando “desafogar” o Judiciário, e, também, garantir que as decisões tomadas serão uniformes para o grupo de pessoas afetado.

Em se tratando da origem do estado de coisas inconstitucional, sua aplicação se deu, pela primeira vez, na Sentencia de Unificación (SU) 559<sup>8</sup>, proferida em 1997, cujo objeto da demanda tratava da inobservância de prestações sociais destinadas a docentes, principalmente em matéria de saúde, em razão da não filiação a qualquer fundo de prestação social. A Corte decidiu que os professores teriam direito ao tratamento em igualdade de condições em relação aos demais servidores, entendeu, além disso, que o indeferimento de filiação violou o direito a igualdade e o inadimplemento da obrigação de permitir o acesso à saúde (OLIVEIRA; SANTOS E GONÇALVES, 2018).

Porém, a declaração do estado de coisas inconstitucional não se deu apenas uma vez, mas em várias outras sentenças, sendo uma delas a Sentencia T-153<sup>9</sup> de 1998, a qual se faz relevante tendo em vista que a demanda tratou da superlotação carcerária (OLIVEIRA; SANTOS E GONÇALVES, 2018).

Na Sentencia T-153, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu a existência do estado de coisas inconstitucional, ao considerar como “letra morta” toda a legislação relacionada aos direitos dos presos por sua inobservância, de modo que, claramente, os estabelecimentos prisionais colombianos não cumpriam o papel de ressocializar o interno, visto que as condições de vida nesses locais violavam a dignidade humana e ameaçavam direitos como a vida, integridade pessoal, entre outros (COLÔMBIA, 1998).

Nesse sentido, a Corte Colombiana declarou que a superlotação dos estabelecimentos prisionais descumpra, gravemente, a obrigação do Estado em zelar e proporcionar condições dignas para os presos, além de violar uma série de direitos

7. Tradução livre: Um estado de coisas inconstitucional é um conceito desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana para lidar com situações excepcionais em que a violação coletiva de direitos fundamentais de um grupo de pessoas é tão grave que a solução individual, caso a caso, das violações de direitos seria insuficiente para solucionar o problema e causaria um acúmulo significativo de casos na Corte. Por conseguinte, nesse tipo de caso, a Corte acumula várias ações de constitucionalidade a respeito da situação de violação dos direitos, as recebe e formula ordens gerais que as autoridades públicas devem seguir para solucionar esse grave problema de direitos humanos.

8. Tradução livre: Sentença de unificação (SU) 559.

9. Tradução livre: Sentença T-153.



fundamentais, quais sejam: direito à dignidade; de não receber penas cruéis, desumanas e degradantes; à família; à saúde, ao trabalho, à educação e à presunção de inocência (COLÔMBIA, 1998).

No âmbito do direito à dignidade, bem como de não receber penas cruéis, a violação decorre, segundo a Corte, da falta de efetivo policial e do cumprimento da pena se dá em ambiente com várias categorias de preso. Em relação ao direito à família, o descumprimento origina-se da deficiência administrativa que impacta no tempo que os visitantes aguardam para adentrar no estabelecimento, dificultando visitas familiares e conjugais. Enquanto o direito à saúde é violado devido a deficiência estrutural na área sanitária, em serviços de água e esgoto, além da escassez de efetivo para acompanhar os presos às unidades hospitalares (COLÔMBIA, 1998).

Prosseguindo com a violações ocorridas na Colômbia, de acordo com a Sentencia T-153, no que diz respeito aos direitos ao trabalho e à educação, estes são violados ao passo que nem todos os presos têm a oportunidade de trabalhar e/ou estudar, visto que o acesso a estes direitos, muitas vezes, está condicionado à extorsão e à corrupção. Por fim, o direito à presunção de inocência é infringido quando os presos provisórios (acusados) se encontram internado juntamente com os condenados. Vale ressaltar que a violação de todos os direitos elencados anteriormente decorre da superlotação carcerária (COLÔMBIA, 1998).

Findado o recorte, seguindo a decisão da Sentencia T-153 de 1998 da Corte Constitucional colombiana, o Supremo Tribunal Federal, no dia 03 de outubro de 2023, declarou o estado de coisas inconstitucional no acórdão da ADPF nº 347 (BRASIL, 2023b) confirmando a ciência do Estado a respeito das condições do sistema carcerário brasileiro, que este, realmente, viola, massivamente, direitos e garantias fundamentais dos presos.

Assim, considerando que a superpopulação carcerária é o que mais contribui para o estado de coisas inconstitucional, visto que faz com que o Estado tenha que agir além de sua capacidade e corrobora para que os direitos fundamentais sejam feridos. Para além, conforme o SISDEPEN (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024a), em dados referentes ao segundo semestre de 2023, a população carcerária na seara estadual, é de 642.491 presos, e a vagas disponíveis são 487.208, desse modo existe um déficit de 155.283 vagas. Tais dados indicam 131,87% de taxa de ocupação nos estabelecimentos prisionais estaduais, logo infere-se uma superlotação, o que implica em más condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

No âmbito da superlotação, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista da ADPF nº 347 (BRASIL, 2023b), afirma que tal situação interfere nos serviços prestados, ao preso, pelo Estado, visto que os recursos são restritos, o Ministro apresenta exemplos que vão desde a falta de papel higiênico à mulheres dando à luz nas próprias penitenciárias sobre sacos de lixo, além de ocorrências de agressões, violações estupro de mulheres, homossexuais e transsexuais pelos demais presos e/ou por agentes do Estado.

A maioria das pessoas afetadas pelo tratamento degradante oferecido pelo sistema carcerário, é composta de pardos, negros e pobres, atualmente 62,42% da população penal. Nesse sentido pode-se perceber um viés para a necropolítica diante do perfil e da forma de tratamento dos presos, bem como a omissão do Estado em zelar pelos direitos fundamentais do preso.

Outro ponto a ser levantado é sobre o número de mortes no interior dos estabelecimentos penais, segundo o SISDEPEN (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E



SEGURANÇA PÚBLICA, 2024a), em 2023 foram 860 óbitos, cerca de 0,13% da população penal, trata-se de uma quantidade insignificante, porém são pessoas, das quais 615 foram por causas naturais ou relacionadas às condições de saúde. Além disso, cabe o comentário a respeito de doenças transmissíveis, cujo número é de 29.373 pessoas agravadas, o que corresponde a 4,57% da população penal, tal situação demanda maior cuidado, tanto com aqueles acometidos pelas doenças, quanto com a possibilidade de disseminação dessas doenças. Logo, pode-se dizer que existe uma falha iminente do Estado quanto ao cuidado com a saúde das pessoas privadas de liberdade, tendo em vista que a superlotação corrobora para a proliferação dessas doenças transmissíveis.

É interessante, ainda, estudar, mesmo que brevemente, a situação em que se encontram os grupos ditos vulneráveis, aqueles que vão além da cor/raça declarada, como: idosos, indígenas e comunidade LGBTQIAP+, restando claro e evidente que esses grupos têm seus direitos violados, diante da superlotação.

Considerando a população penal, 2,04% são maiores de 60 anos, cerca de 13.127 pessoas cumprindo pena em celas físicas estaduais. De acordo com os dados fornecidos pelo SISDEPEN (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024a) o sistema carcerário brasileiro, na seara estadual, possui 5.002 vagas exclusivas para idosos, distribuídas em 240 estabelecimentos penais, logo existe um déficit de 8.117 vagas, de modo infere-se que a maioria das pessoas desse grupo encontra-se em celas comuns divididas com pessoas de outros perfis.

Em relação aos indígenas, conforme dados apresentados pelo SISDEPEN (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024a), estão disponíveis 518 vagas exclusivas para este grupo distribuídas em 61 estabelecimentos penais, porém são 1.281 presos, apresentando, assim, um déficit de 763 vagas. Desse modo, pode-se dizer que boa parte do grupo está, assim como os idosos, dividindo cela com pessoas de outros perfis.

Por fim, quanto à comunidade LGBTQIAP+, é importante destacar que o último levantamento realizado foi em 2022, e divulgado em janeiro de 2023, assim a análise será sobre os dados do ano de 2022, cuja população penal era 642.638 pessoas em celas físicas estaduais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2024a). De acordo com a Informação nº 95/2022 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2023), eram 12.356 pessoas autodeclaradas LGBTQIAP+ privadas de liberdade, o sistema tinha disponível 4.467 vagas distribuídas em 266 estabelecimentos penais, existindo um déficit de 7.889 vagas.

Diante do exposto relacionado aos grupos vulneráveis, e analisando os dados, percebe-se o quão desguarnecidos estão esses grupos, trata-se de uma parcela da sociedade que ela quer esquecer, pelos seus atos, cor, idade, orientação sexual, sendo mais fácil mantê-los encarcerados, como diz o ditado “o que os olhos não veem, o coração não sente”, e nem a consciência. Logo não há culpa, nem qualquer remorso pela vida indigna que eles têm no sistema carcerário brasileiro.

Desse modo percebe-se a presença de necropolítica em função da segregação dessa parcela “indigesta” da sociedade e a exclusão desses grupos, frente um “estado de exceção” no sistema carcerário, o qual se demonstra demasiadamente mais gravoso para grupos vulneráveis, o que reforça, a gestão dos corpos e a predileção do soberano na manutenção da vida de uns, em contraposição ao “deixar morrer” outros.

Assim, considerando os dados apresentados, nota-se a omissão do Estado em relação ao tratamento digno dos presos, além de violações de direitos fundamentais,



situação que preenche o segundo pressuposto necessário para a caracterização do estado de coisas inconstitucional, conforme citado anteriormente. Visto que, o Executivo e o Legislativo, ao atuarem regados à necropolítica, o primeiro no que tange à má administração, e o segundo editando leis cujo objetivo é “manter preso” mais pessoas terão seus direitos fundamentais violados e maior será o desafio de superar o estado de coisa inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necropolítica, para além da mera conceituação teórica, deve ser observada como instrumento estatal voltado para a manutenção do poder do soberano ou grupos que se encontram no topo da pirâmide socioeconômica, em detrimento ao demais atores sociais que integram a base.

Sob este aspecto, fora feito um recorte do cárcere brasileiro, visando identificar, no seio de um dos sistemas mais nefrágicos do país, em que medida os poderes da República vem fomentando, escalando e evidenciando a necropolítica em face dos apenados encarcerados no Brasil.

Realizada uma conceituação sócio-histórica, foi identificado os pontos primordiais para a compreensão da necropolítica, podendo ser identificada a similaridade com o biopoder, uma vez que possui como elemento basilar a gestão dos corpos e a ponderação entre aqueles de devem viver e a queles que devem ser deixados para morrer. Assim, ainda que de uma forma mais velada, a política da morte adotada no decorrer da história para a manutenção do poder do soberano, dá lugar a políticas públicas que, travestidas de instrumentos democráticos de regulamentação social, continuam segregando aquelas vidas que são estigmatizadas como indignas de serem vividas.

Transcorrida a conceituação, passou-se a analisar o cárcere brasileiro para que fossem identificadas as ações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como instrumentos de instauração ou manutenção de um cenário de necropoder.

No poder Executivo, mediante a gestão dos presídios e penitenciárias, observou-se que a carência de estrutura mínima e a falta de assistência por parte do poder público vem ocasionando um estado de exceção nas estruturas carcerárias, traduzindo-se em dados que demonstram a superlotação de internos e uma vulnerabilidade latente daqueles corpos encarcerados, os quais estatisticamente são integrados por pretos e com baixa escolaridade, ocasionando, portanto, um deixar morrer institucionalizado deste grupo.

Na contramão da realidade apresentada pelos dados estatísticos trazidos no Relatório de Informações Penais (RELIPEN), foi demonstrado que o poder Legislativo, em sua prerrogativa privativa de legislar acerca de matéria penal, subjugou necessária a criação de mecanismos que visam dificultar, ainda mais, o cenário de ressocialização dos presos no sistema carcerário, inviabilizando a prática da reinserção dele na sociedade, através das saídas temporárias, limitando o exercício de tais prerrogativas trazidas na Lei 7.210/1984 para somente a frequência de cursos supletivos profissionalizantes bem como instrução de 2º grau ou nível superior. Assim, ao restringir o acesso daquele detento à vida em sociedade, observa-se o desmonte do caráter ressocializador da pena, convertendo-o em um meio institucional de retirar os corpos indesejados do convívio da sociedade e mantendo-os em clausura para, mediante o exílio social, expurgar seus malfeitos.



No que tange o poder Judiciário, percebeu-se um reconhecimento do estado precário e singular do cárcere brasileiro sendo considerado, no seio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o estado de coisas inconstitucional, ante o ferimento dos direitos assegurados na Carta Política de 1988. Em que pese o acolhimento da tese de que o sistema carcerário brasileiro é falho, de sobremaneira para alguns grupos sociais específicos, o judiciário alertou que, tendo como baluarte a separação entre os poderes e a observância dos limites constitucionais, torna-se inviável o ativismo judicial interferir, ou fazer-se interferir, nas ações dos demais poderes, ainda que esta ação signifique a manutenção do estado inconstitucional do cárcere.

Assim, diante do cenário atual existente no sistema carcerário brasileiro, de especial maneira na infraestrutura e assistência prestadas aos detentos, em comunhão a um movimento de encarceramento sem qualquer pretensão de ressocialização, é possível perceber que as decisões e atuação dos poderes executivo e legislativo vem fomentando e evidenciando a existência de necropolítica no Brasil, sendo, portanto, comprovada parcialmente a hipótese arguida no presente trabalho, não se reconhecendo, de pronto, o fomento do necropoder pelo poder Judiciário, mas sim um movimento de reconhecimento e impulso para a transformação do posto.

Durante a realização da presente pesquisa, foi observado que a gestão de corpos, tratada no âmbito do sistema carcerário brasileiro, não se limita à matéria penal. Desse modo, sugere-se como pesquisas futuras para continuidade do tema, a identificação, ou não, de práticas que ensejem a necropolítica em demais setores da sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. Disponível em: <https://psicanalisepolitica.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/10/homo-sacer-opoder-soberano-e-a-vida-nua-agambem.pdf>. Acesso em: 10 maio 2024.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**: feminismos plurais. São Paulo: Pólen, 2019. Disponível em: [https://blogs.uninassau.edu.br/sites/blogs.uninassau.edu.br/files/anexo/racismo\\_estrutural\\_feminismos\\_-\\_silvio\\_luiz\\_de\\_almeida.pdf](https://blogs.uninassau.edu.br/sites/blogs.uninassau.edu.br/files/anexo/racismo_estrutural_feminismos_-_silvio_luiz_de_almeida.pdf). Acesso em: 10 maio 2024. 23

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411/>. Acesso em: 06 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 583, de 2011**. Dispõe sobre o monitoramento por instrumentos de geolocalização para os indivíduos sujeitos ao sistema penitenciário da União Federal. Autor: Pedro Paulo. Brasília, 22 fev. 2011. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=844337](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=844337). Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 583-A, de 2011**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e extinguir o benefício da saída temporária. Autor: Capitão Derrite. Brasília, 03 ago. 2022. Disponível em:



[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2214514&filename=TramitacaoPL%202253/2022%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%20583/2011\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2214514&filename=TramitacaoPL%202253/2022%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%20583/2011)). Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.253, de 2022**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Autor: Pedro Paulo. Brasília, 21 mar. 2024. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2398483](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2398483). Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 06 nov. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11 maio 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 03 dez. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm). Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.600, de 19 de junho de 2023**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 14.204, de 16 de setembro de 2021, 11.445, de 5 de janeiro de 2007, 13.334, de 13 de setembro de 2016, 12.897, de 18 de dezembro de 2013, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 9.069, de 29 de junho de 1995, e 10.668, de 14 de maio de 2003; e revoga dispositivos das Leis nºs 13.844, de 18 de junho de 2019, 13.901, de 11 de novembro de 2019, 14.261, de 16 de dezembro de 2021, e as Leis nºs 8.028, de 12 de abril de 1990, e 14.074, de 14 de outubro de 2020. Brasília, 19 jun. 2023a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/L14600.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14600.htm). Acesso: 16 jun 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Brasília, 11 abr. 2024. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/lei/l14843.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14843.htm). Acesso: 08 maio 2024.

BRASIL. **Mensagem de Veto Parcial nº 144, de 11 de abril de 2024**. Comunico a Vossa Excelência que, nos termos previstos no § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 2.253, de 2022, que "Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a



monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Brasília, 11 abr. 2024. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/Msg/Vep/VEP-144-24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/Msg/Vep/VEP-144-24.htm). Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL, Senado Federal. **Emendas do Senado ao Projeto de Lei nº 2.253/2022**. Brasília, 28 fev. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9555472&ts=1723468920906&disposition=inline>. Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Matérias Bicameras**: PL 583/2011. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-583-2011>. Acesso em: 08 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Proponente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 04 out. 2023b. Disponível em: 25 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 09 maio 2024.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. Ebook. ISBN 9786553624573. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. 2015. 249 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.btdtd.uerj.br/handle/1/9297>. Acesso em: 08 maio 2024.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Santa Fé de Bogotá: 28 abr. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T153-98.htm>, Acesso em: 19 jun. 2024.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 13. ed. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod\\_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf). Acesso em: 10 maio 2024.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**: curso no Collège de France (1975- 1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <https://joaocamillopenna.wordpress.com/wpcontent/uploads/2018/05/foucault-michel-em-defesa-da-sociedade.pdf>. Acesso em: 10 maio 2024.

GARAVITO, César Rodriguez e Kauffman, Celeste. **Guia para implementar decisiones sobre derechos sociales**: estratégias para juices, funcionários y ativistas. Bogotá: Ediciones Antropos, 2014.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução: Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7513336/mod\\_resource/content/1/MBEMBE\\_A\\_\\_\\_Necropol%C3%ADtica\\_n\\_1\\_edi%C3%A7%C3%B5es.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7513336/mod_resource/content/1/MBEMBE_A___Necropol%C3%ADtica_n_1_edi%C3%A7%C3%B5es.pdf). Acesso em: 10 maio 2024.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Informação nº 95/2022**. Brasília: 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/populacao-carceraria/presos-lgbti/presos-lgbti-2022.pdf/view>. Acesso: 10 out. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório de informações penais (RELIPEN). **15º ciclo - período de julho a dezembro de 2023**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024b. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-26- semestre-de-2023.pdf>. Acesso em: 08 maio 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (SISDEPEN)**. Brasília, 2024a. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 03 maio 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2020.

OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron S.; GONÇALVES, Vinícius Araújo. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 38, p. 265–306, 2019. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/731>. Acesso em: 19 jun. 2024.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília: 26 maio 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prclD=4783560#>. Acesso em: 09 maio 2024.

SOUZA, Lourival Robty Santos de; BARRETO, Lauro Barros. A negação da alteridade e a necropolítica. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 306-316, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/23100/16751>. Acesso em: 18 jun. 2024.

SOUZA, Marcela Rachid Augusto de. Ressocialização do preso e o Sistema Carcerário no Brasil. **Revista do Curso de Direito da Uniabeu**, Nilópolis, v. 11, n. 2, p. 61-67, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revista.uniabeu.edu.br/index.php/rcd/article/view/3583/2453>. Acesso em: 18 jun. 2024.



## AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Bruna Duarte<sup>1</sup>  
Nathália Klock<sup>2</sup>  
Itamar Luís Gelain<sup>3</sup>

**Resumo:** O propósito deste artigo foi examinar as ações do poder público e a sua efetividade para combater a violência contra as mulheres. A hipótese inicial sugere que o Brasil tem implementado medidas para lidar com o problema da violência contra as mulheres, entretanto, existem desafios contínuos que não foram superados. Utilizou-se o método científico dedutivo e o trabalho encontra-se dividido em três momentos, inicialmente com a contextualização das possíveis causas sociais que são intrínsecas à violência contra a mulher, posteriormente a identificação das questões sociais a serem esclarecidas e combatidas nos casos de violência contra a mulher e a avaliação das medidas, no âmbito das políticas públicas, para erradicar os casos de violência contra a mulher no Brasil. Por fim, concluiu-se da pesquisa a necessidade e importância do trabalho conjunto entre entidades formais e informais, para que haja a garantia dos direitos formulados através das políticas públicas.

**Palavras-chave:** Violência contra mulher. Desigualdade de gênero. Políticas Públicas.

**Abstract:** The purpose of this article was to examine whether public authorities' actions are sufficient to combat violence against women. The initial hypothesis suggested that Brazil has implemented measures to deal with this problem, however, there are ongoing challenges that have not been overcome. The deductive scientific method was used and the work is divided into three moments, initially with the contextualization of the possible social causes that are intrinsic to violence against women, subsequently the identification of social issues to be clarified and combated in cases of violence against women and the evaluation of measures, within the scope of public policies, to eradicate cases of violence against women in Brazil. Finally, the research concluded the need and importance of joint work between formal and informal entities, so that the rights formulated through public policies are guaranteed.

**Keywords:** Violence against women. Gender inequality. Public policy.

### INTRODUÇÃO

Existem diferentes conceitos que referenciam a violência contra mulher, contudo na maioria dos casos, essa violência é um sintoma das desigualdades de gênero profundamente enraizadas na sociedade. Porém, é importante ressaltar a participação da sociedade civil como um todo na criação e análise das políticas públicas para erradicar todas as formas dessa violência.

Diante desse contexto, a presente pesquisa problematiza se o poder público adota medidas suficientes para solucionar a violência contra a mulher. Busca-se verificar se as medidas implementadas pelo poder público têm efetivamente superado os desafios.

Com isso, o objetivo do trabalho é avaliar a implementação dessas medidas, apresentando as possíveis causas sociais e reconhecendo o que ainda carece de solução no combate a violência contra a mulher.

1. Bacharel em Direito; Centro Universitário - Católica de Santa Catarina.

2. Advogada; Bacharel em Direito; Centro Universitário - Católica de Santa Catarina.

3. Professor Orientador. Licenciado em Filosofia pela Faculdade Palotina (FAPAS). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). É professor na Escola de Direito e na Escola de Educação e Humanidades do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina (CATÓLICASC). Coordena o Programa de extensão, Pensamento em Movimento. Tem experiência na área de Filosofia Moderna e Contemporânea, com ênfase em Ética, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.



As bases científicas utilizadas na pesquisa são a revisão da literatura, o método de procedimento monográfico e a abordagem dedutiva. A pesquisa também utiliza procedimentos técnicos como pesquisa bibliográfica em materiais já publicados, como livros e artigos, bem como leis e jurisprudências.

O plano de trabalho foi dividido em três partes: a primeira parte trata da contextualização histórica da violência contra mulher e sua vulnerabilidade social. A segunda parte relaciona as medidas e os avanços tomados no enfrentamento à violência, trazendo por último a análise das políticas públicas como forma de erradicação deste problema.

## 1. A CONTEXTUALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER

A violência é um dos atos mais presenciados desde os primórdios das sociedades humanas, não sendo algo abstrato, mas sim um emaranhado de ações de um ser sobre o outro, intuindo a manifestação de uma posição de poder e dominação.

A violência pode ser definida como “essa coisa terrível que faz a história e aparece como um modo privilegiado segundo o qual se muda o rosto da história” (TAVARES *apud* RICOUER, 2013, p. 79).

Chauí (2011) conceitua a violência de maneira abrangente, destacando diversos aspectos. Conforme a autora, a violência abrange tudo que utiliza a força para contradizer a natureza de um ser, resultando em sua desnaturação. Além disso, engloba qualquer ato que empregue força para coagir, constranger, torturar ou brutalizar, indo contra a espontaneidade, a vontade e a liberdade de um indivíduo.

Outro ponto importante é a violação da natureza de algo ou alguém valorizado positivamente por uma sociedade, configurando-se como um ato violento. Da mesma forma, a transgressão contra aquilo que é considerado justo e um direito por parte de uma pessoa ou comunidade também se enquadra como violência.

Chauí destaca que, conseqüentemente, a violência se materializa como um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psicológico contra um indivíduo. Essa manifestação caracteriza relações intersubjetivas e sociais permeadas por opressão, intimidação, medo e terror (CHAUÍ, 2011).

A Organização das Nações Unidas indica que a violência contra a mulher persiste em todos os países do mundo, sendo uma violação constante aos direitos humanos e impedindo a conquista da igualdade de gênero. Em razão disso, em 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas incorporou a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, um marco que consiste em 17 objetivos globais. Os Estados-membros aprovaram esse plano de ação com o propósito de impulsionar o desenvolvimento sustentável e eliminar a pobreza. No âmbito dessa agenda, foram estabelecidas 169 metas globais, destacando-se os pilares centrados nas pessoas, no planeta, na prosperidade e na promoção da paz mundial. As metas relacionadas à promoção da igualdade de gênero estão especificamente abordadas no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 5 e permeiam outros 12 objetivos globais (ONU, 2015).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher OEA, convenção do Belém do Pará, define “a violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher tanto na esfera pública quanto na esfera privada” (CIDH, 1994).



Este documento, portanto, caracteriza a violência contra mulher, de forma geral, como qualquer ato que ocorra de forma física, sexual, psicológica baseada no gênero, por isso é necessário entender que a violência está diretamente ligada ao preconceito, a discriminação e vulnerabilidade da mulher, sendo uma construção social fundada na religião e na própria cultura que tenta justificar a relação de dominação do homem sobre a mulher.

Tais comportamentos permeados de intolerância contaminam gerações a fio, inclusive aquelas que até hoje são enxergadas como divisor de águas na intelectualidade humana, tal como o Movimento do Iluminismo, durante a Revolução Francesa. Mencionado movimento buscava gerar mudanças políticas, econômicas e sociais na coletividade da época, disseminando o conhecimento como forma de enaltecer a razão em detrimento do pensamento religioso. Além disso, baseava-se em três pilares: razão, liberdade e avanço da sociedade em relação ao pensamento racional e à ciência.

Em 1747, Diderot e D'Alembert organizaram o lançamento do jornal denominado "Enciclopédia", o qual contava com publicações de nomes que impactam diversos nichos acadêmicos como Voltaire, Montesquieu e Rousseau. Mesmo havendo diversos textos que traziam reflexões acerca de direitos e igualdades, nenhum destes abrangiam a figura da mulher. Esse último afirmava que mulheres eram incapazes de pensarem abstratamente, tendo como destino somente a subjugação em razão do homem, ante a força deste.

Para Rousseau (ESTANISLAU *apud* ENGUITA, 2023), o homem foi feito para ser livre, tendo a sua autoridade um papel prioritário na educação, enquanto a mulher deve ser submissa à esta força.

Ante aos constantes ataques à integridade moral feminina, diversas mulheres se manifestaram com o intuito de serem vistas como seres humanos e, não mais como uma extensão de seus cônjuges. Gouze, visando criticar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, escreveu a "Declaração dos Direitos das Mulheres e da Cidadã" (1791), que buscava a reivindicação dos direitos femininos na sociedade francesa.

A ativista, conhecida até os dias atuais pelo nome de Olympe de Gouges, mesmo expressando toda sua indignação em face à sociedade francesa ao tentar ocupar locais preponderantemente masculinos, teve sua voz e luta silenciadas no ano de 1793, ao ser sentenciada à guilhotina.

No contexto do território brasileiro, a batalha das mulheres pela afirmação de seus direitos tem início desde os primórdios da formação da nação. Durante o período historicamente denominado como Brasil Colônia (1500-1822), a mulher estava submetida a uma socialização que a retratava como um sujeito incapaz, sujeito à tutela de seus familiares e, subsequentemente, de seu cônjuge.

Seus afazeres eram destinados apenas à manutenção do lar e cuidados com a família, tanto, que nos anos iniciais à concessão do estudo a estas, suas classes eram voltadas às atividades domésticas.

Foi somente em 1962, com a chegada do "Estatuto da Mulher Casada", que a população feminina passou a ser detentora de seus meios de sustento, não mais havendo restrições quanto ao livre exercício do labor (BRASIL, 1962).

Apesar disso, a submissão aos seus maridos ainda era constante no ordenamento jurídico e na vida social, havendo reformas legislativas que passaram a permitir a maior satisfação à dignidade da mulher, como a "Lei do Divórcio", até chegar nos dias atuais (BRASIL, 1977).



Ainda que existam expressivos progressos no combate a violência de gênero, luta pela igualdade entre homens e mulheres perdura até os dias de hoje, tanto em caráter nacional, como internacional. Estima-se que, no mundo todo, um terço da população feminina já sofreu violência por parte de seu parceiro, sendo 38% dos assassinatos femininos cometidos por estes. As consequências destas ações são custosas a diversos níveis sociais, impactando no sofrimento recorrente da mulher. Além da violência direta, precisam lidar com isolamentos, incapacidade de prover financeiramente para si e capacidade limitada para o autocuidado (OPAS, 2005).

Devido a isso, instaurou no Brasil a Ordem de Desenvolvimento Sustentável – 5 (ODS-5), que visa erradicar todas as formas de violência contra mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, promovendo assim, a igualdade de gênero.

As metas da ODS 5 buscam abordar e enfrentar as diversas formas de discriminação e violência de gênero. O enfoque principal é a eliminação de práticas discriminatórias, considerando não apenas o gênero, mas também suas interseções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade (ONU, 2015).

Dentro desse escopo, destaca-se a atenção especial às mulheres em contextos específicos, como as do campo, floresta, águas e periferias urbanas. As metas abrangem desde a erradicação de violência de gênero nas esferas pública e privada, incluindo questões como violência sexual, tráfico de pessoas e homicídios, até a abolição de práticas prejudiciais, como casamentos e uniões precoces, forçados e envolvendo crianças e jovens (ONU, 2015).

Outro ponto relevante é a busca pela redução da desigualdade na divisão do trabalho, remunerado e não remunerado, visando promover maior autonomia para as mulheres. Além disso, as metas visam garantir a participação plena das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão na esfera pública, promover a saúde sexual e reprodutiva, assegurar igualdade de direitos econômicos e de acesso a recursos, e promover a igualdade de gênero no acesso e produção de tecnologias, conhecimento científico e informação (ONU, 2015).

Essas metas convergem para a promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres, sendo essencial adotar e fortalecer políticas públicas e legislação efetivas em todos os níveis federativos. Dessa forma, o ODS 5 busca criar um ambiente propício para a concretização da igualdade de gênero, considerando as diversas nuances e contextos em que as mulheres vivem (ONU, 2015).

Em contraste à isso, cabe analisar que o cargo de detentor do poder familiar incumbido aos homens é passado de geração em geração e acomete famílias de diversas classes sociais e portes. Em estudo publicado na Revista Ciência & Saúde Coletiva (LIMA *et. al.*, 2008), foram analisados elementos constitutivos da masculinidade ensinados durante o desenvolvimento familiar e reproduzidos por homens em processo criminal por violência conjugal. No estudo, foi possível entender o autoritarismo masculino como um “dever” imposto a partir das condutas e regras patriarcais, inerentes ao cargo de chefe da família.

Tal posto, apesar de ser reforçado a partir do poder aquisitivo entre os cônjuges, ainda assim é considerado exclusivo ao masculino, sendo recorrente a observação de famílias nas quais homens desempregados, sustentados por suas esposas, decidem e ditam normas familiares. Estas últimas, quando não obedecidas, muitas vezes são punidas com violência.



Lima, Büchele e Clímaco (2008) discorrem que, ainda foi possível constatar a reprodução comportamental de homens que observavam a conduta entre seus genitores, facilitando a perpetuação de um cenário de poder masculino, onde não há qualquer espaço para a tomada de decisão feminina, alimentando assim a submissão destas quanto às violências corretivas sofridas. Tais hábitos favorecem a visualização da mulher como um mero objeto de retenção e dominação, sendo totalmente descaracterizada de direitos e desejos.

É possível ainda inferir que a população masculina enxerga a mulher como um ente antagônico, ou seja, oposto a si. Desta forma, cresceram introduzidos no imaginário de um masculino opressor e dominador, forcejando que reproduzam tais construções vividas no período de desenvolvimento infantil, podendo ser aspectos sutis ou mais graves, como os casos de agressões físicas (LIMA *et. al.*, 2008).

É notável, assim, a influência familiar no contexto da violência contra a mulher, isso porque é a primeira instituição em que o indivíduo tem contato ativo, sendo responsável pela disseminação de padrões e normas a serem produzidas nas relações sociais.

Nesse sentido, ao buscar compreensão na correlação de mulheres vítimas de violência, com maus-tratos na infância, clarifica-se que mulheres que reportam terem sido vítimas de hostilidades no período da infância são mais suscetíveis a vivenciar agressões com seus cônjuges, corroborando com o entendimento que a socialização familiar é um grande precursor de tais atos (SILVA *et. al.*, 2009).

Outrossim, pode-se constatar certa dificuldade em coletar dados suficientes para corroborar com pesquisas que tem como enfoque a violência contra a mulher, uma vez que se tem popularizado um tipo de “pacto de silêncio”, não somente entre a vítima e o agressor, mas também por toda a família destes, como se precisassem proteger o primeiro, promovendo ainda mais a submissão entre parceiros.

Ao analisar o aspecto psicológico social da problemática da violência contra a mulher, as percepções da população masculina tendem a ser conscientes acerca da gravidade de tais atos, identificando problemas individuais e sociais, no entanto, ainda não se mostram favoráveis a enxergarem um imaginário de intolerância generalizada com os atos de violência contra a mulher (MAGRIN; OLIVEIRA, 2023).

O fato citado, engloba a disposição masculina a imputarem algum tipo de responsabilização feminina pela violência sofrida. A responsabilização pode ser pelas atitudes da vítima ou pela transferência do problema para um aspecto fora do controle masculino, como alguma desordem mental.

Entende-se ainda que, muitos aspectos inerentes ao conceito de ser humano, ou seja, emoções de sensibilidade, afetos e afins, não se encaixam no padrão entendido como “masculino”. Este, por sua vez, é reforçado à meninos em fase de desenvolvimento com o intuito de demonstrar virilidade e agressividade, sendo muitas vezes demonstrada a necessidade da violência para tal.

Para Adélia Moreira Pessoa (2019), homens reconhecem carregar um certo tipo de “masculinidade tóxica” em suas relações e vivências, sendo esta responsável por influenciar negativamente suas ações e os inibirem de expressarem livremente suas emoções.

Desse modo, a violência que lhes é forçada atinge também suas relações, sendo dificultoso quebrar ciclos e padrões que são tão intrínsecos às suas realidades.

A desigualdade social, somada à hierarquia rígida e desequilibrada que a figura masculina tem sobre as mulheres, corrobora com a exclusão delas nas diversas camadas e nichos sociais. Assim, tem-se clara a posição desfavorável que a população feminina



ocupa na sociedade, havendo a recorrente minoração do seu *status* humano frente a suas colocações políticas e existenciais.

### 1.1 A vulnerabilidade social da mulher

A vulnerabilidade social é conceituada em caráter multidimensional quando pensa-se nos sujeitos, isto porque a situação de fragilidade que estes são encontrados, fazem com que sejam presas fáceis aos riscos da segregação social. Ela se relaciona de forma direta às ações de exclusão e discriminação de indivíduos, sendo provocada principalmente por fatores entendidos como de baixo valor social (FRANÇA; SILVA, 2016).

A desvalorização da mulher incide como uma herança cultural das sociedades, isto porque ela decorre de uma exclusão de direitos motivada por um cerne patriarcal, como visto no tópico anterior.

Nesse sentido, pode-se focalizar o machismo estrutural. Este termo se refere às formas mais profundas e enraizadas de desigualdade de gênero presentes na sociedade. Manifestando-se em instituições, normas culturais, leis, políticas públicas e práticas sociais que perpetuam a discriminação e a opressão das mulheres em diferentes esferas da vida (FRANÇA; SILVA, 2016).

A violência contra a mulher, por sua vez, é um fenômeno antigo e crônico da sociedade, sendo passado entre gerações como meio de repressão. Esta é determinada a partir dos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres, acrescida ainda ao caráter da discriminação, fazendo com que a agressão contra as mulheres acabe sendo estimulada de diversas maneiras. Assim, as diferenças sociais partem diretamente do entendimento social dos papéis determinados a serem desempenhados pelos indivíduos (OLIVEIRA *apud* XAVIER, 2021).

Ambos fenômenos, característicos de sociedades patriarcais, têm como base um pressuposto: a desigualdade de gênero. Essa relação se dá pela polarização da figura masculina, em face à feminina, na qual o primeiro tem o dever de ser forte e dominador, enquanto o segundo, frágil e dominado. Saffioti (2015), em sua obra “Gênero, Patriarcado e Violência”, discorre que tal desigualdade é um dos eixos estruturais que permeiam a realidade social, sendo um problema tão intrínseco, que poucas mulheres questionam sua inferioridade social.

Importante frisar que o entendimento de gênero, refere-se a um conjunto de atributos definidos socialmente acerca da representação dos polos masculinos e femininos, ou seja, em nada se relacionam a aspectos naturais (OLIVEIRA *apud* RAMOS, 2021).

Beavouir (1970) explana que a estrutura de poder emanada pelo machismo estrutural prejudica não só a existência da mulher como ser humano, mas também suas relações intrapessoais, uma vez que muitas são socializadas para o sofrimento. Elas são, ainda nos tempos atuais, passadas como objetos de pertencimento a algum homem, seja ele um pai ou um marido, devendo se dedicar a ele e suas vontades.

A autora, considerada a mãe do feminismo, explica que: “A humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo” (BEAVOUIR, 1970, p. 10).

A autora ainda, defende o entendimento de que ninguém nasce mulher, mas sim, torna-se mulher. A filósofa não dispunha do que hoje entende-se como gênero, mas o definiu perfeitamente ao expressar tal sentença, já que não se nasce mulher, tampouco se nasce homem, aprende-se a exercer tais papéis conforme a socialização de cada indivíduo, como observado por Motta (*et. al.*, 2000).



Ante ao caráter patriarcal, além das mulheres serem vistas como propriedade masculina, os cuidados com filhos e outros afazeres familiares, normalmente realizados por mulheres, são vistos como trabalho, e a sociedade trata essas “obrigações” como “coisas de mulheres” (SAFFIOTI, 2001).

Nesse cerne, é possível visualizar mais que vulnerabilidade social, mas também falta de segurança em grande parte dos cenários que ousam ocupar, sendo necessária intervenção para que tenham seus direitos plenamente respeitados e assegurados.

Saffioti (2001) indica a vitimização da mulher em estado-das-coisas, ou seja, em caráter da coletividade, os homens detêm de um tipo de autorização social para efetivar o projeto de dominação-exploração da mulher, podendo muitas vezes utilizar da força bruta para tal. No mesmo texto, cita a teórica MacKinnon, que discorre que as violências perpetuadas entre quatro paredes têm como imputação penal somente aquelas que incidam excessos.

Já, em caráter individual, casais podem firmar acordos matrimoniais que impliquem em uma relação de paridade de gênero, no entanto há a contrariedade de toda uma afirmação e designação social, fazendo com que tais relações tenham uma certa raridade (SAFFIOTI, 2001).

Ainda, a estruturação gregária corrobora com uma espécie de “feminização da pobreza”, na qual mulheres passam a ter condições de vida e trabalho assimétricas aos homens. Por mais que a Constituição Federal de 1988 garanta a igualdade entre sujeitos femininos e masculinos, é inegável que a inserção social do primeiro se dá, em grande maioria, subordinada ao segundo, havendo assim mais um ponto decorrente da disparidade de gênero (NOVELLINO, 2004).

Por tais motivos, a Constituição Federal de 1988 entendeu a necessidade de demarcar legalmente os direitos das mulheres. No entanto, apesar da Carta Maior atuar em conjunto com diversos ditames internacionais que visam a equidade entre os gêneros, persiste-se ainda os elementos sexistas na cultura nacional. Esta última faz com que o homem se porte como ser superior, permitindo que a agressividade em face à mulher cresça a cada dia mais, tendo estas a intenção de intimidar, punir e humilhar suas vítimas, ferindo não somente sua integridade física, mas também a subjetiva (QUEIROZ, DINIZ, 2013).

Portanto, não restam alternativas ao Poder Público, se não a criação de normas específicas intuídas ao extermínio de tais desigualdades, tal como a Lei Maria da Penha (11.340/2006).

## **2. O COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COMO NECESSIDADE BRASILEIRA**

Ao longo dos anos, as mulheres conquistaram importantes avanços em termos de direitos civis e políticos. Isso fica evidente, por exemplo, quando em 1879 conquistaram o acesso às universidades, uma vez que anteriormente eram impedidas de frequentar cursos de nível superior. Uma das maiores conquistas, ocorrida em 1932, foi o direito ao voto, garantido pelo primeiro Código Eleitoral Brasileiro (BRASIL, 1932).

Apesar das conquistas de direitos significativos e do avanço das mulheres para ocupar posições que anteriormente lhes eram negadas, a batalha contra a violência de gênero permanece um desafio constante. Isso se deve, em grande parte, às normas sociais que historicamente relegaram a mulher a um papel inferior ao do homem.



Antonieta de Barros representa um importante marco na história em que as mulheres brasileiras finalmente conquistaram presença nos Poderes Executivo e Legislativo. Nascida em 11 de julho de 1901, em Florianópolis, Santa Catarina, Antonieta tornou-se a primeira mulher negra a ser eleita no país. Esse feito aconteceu em 1934, na primeira eleição em que as mulheres puderam tanto votar quanto serem votadas. Ela concorreu a uma vaga de deputada na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina (ALESC) como suplente pelo Partido Liberal Catarinense (PLC).

Na sua jornada na política, Antonieta desempenhou um papel de destaque e abriu caminhos significativos para as mulheres. Um exemplo disso foi quando se tornou a primeira mulher a assumir a Presidência de uma Assembleia Legislativa em Santa Catarina, no Brasil (SANTA CATARINA, 1937).

Além disso, em 1948, ela concorreu ao cargo de Deputada Estadual na Assembleia Legislativa de Santa Catarina, obtendo 2.092 votos, sendo a única mulher no Parlamento Estadual. Antonieta acabou sendo a segunda suplente de seu partido e foi convocada para fazer parte da 1ª Legislatura (1947-1951).

A deputada deixou um impacto duradouro em sua vida, principalmente por meio de seu comprometimento com a educação, focando especialmente no campo do magistério. Ela é a autora da Lei nº 145, que estabeleceu o Dia do Professor e o feriado escolar no Brasil em 1948. Antonieta tinha uma profunda crença no poder da educação:

Educar é ensinar os outros a viver; é iluminar caminhos alheios; é amparar debilitados, transformando-os em fortes; é mostrar as veredas, apontar as escaladas, possibilitando avançar, sem muletas e sem tropeços; é transportar às almas que o Senhor nos confiar, à força insuperável da Fé (BRASIL, 1948).

Antonieta trouxe propostas que garantiram o preenchimento de cargos no ensino por meio de concursos públicos, reduziram a interferência política na seleção de diretores escolares e aumentaram a acessibilidade ao ensino superior para estudantes de baixa renda, através da concessão de bolsas de estudo.

Nos dias de hoje, a violência contra as mulheres é uma questão de grande preocupação em muitos países ao redor do mundo. Isso se deve ao árduo trabalho realizado ao longo dos anos por vários grupos de defensores dos direitos das mulheres, que desempenharam um papel fundamental na redução dos sofrimentos enfrentados pela população feminina (LIMA, BÜCHELE, CLÍMACO, 2008).

Embora o Direito Brasileiro tenha oficialmente reconhecido os direitos das mulheres em 1981, ao assinar a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1981), assumindo assim um compromisso internacional do Brasil no combate à discriminação de gênero e na promoção da igualdade de direitos e oportunidades para as mulheres, de acordo com os últimos dados de violência por gênero do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2019) a violência doméstica é presente no cotidiano da maior parte das famílias brasileiras.

É fundamental destacar que a transformação cultural necessária para abordar essa realidade requer a ativa participação dos homens. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) se destaca como uma ferramenta fundamental na promoção da igualdade de gênero e dos direitos das mulheres em escala global, estimulando os governos a adotarem políticas e práticas que eliminem a discriminação e promovam a igualdade.



No início dos anos 1970, o Brasil testemunhou um dos primeiros movimentos em oposição à violência contra as mulheres, quando surgiram apelos para a aplicação de medidas punitivas em relação aos chamados "crimes passionais". Entretanto, ao longo das décadas, a luta pelos direitos das mulheres, conduzida por movimentos que almejam uma sociedade mais igualitária, nunca se interrompeu, culminando na promulgação da Lei Maria da Penha (LIMA, BÜCHELE, CLÍMACO, 2008).

Conforme relatório da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, o Brasil registrou mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra mulheres até julho de 2022. Isso ressalta a evidência de que, por si só, a legislação ou suas modificações não são capazes de transformar a situação da violência contra a mulher. Isso ocorre porque a violência doméstica continua a crescer, independentemente do avanço da sociedade moderna, persistindo como um problema de longa data no Brasil.

No Brasil, durante o ano de 2022, estima-se que em torno de 18,6 milhões de brasileiras foram vítimas de violência, sendo equivalente a 28,9% de toda a população feminina do país. Na pesquisa "Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil" foi possível aferir que, dentre as mulheres pesquisadas, 11,6% sofreram agressões físicas no ano anterior. Havendo assim, uma média de 14 mulheres agredidas por minuto no país (SOUZA, 2023).

Nesse sentido, pode-se ainda constatar que uma em cada três mulheres, com idade superior a 16, já foi vítima de violência física ou sexual, crescendo em 33,4% de toda a população feminina do Brasil que já sofreu com tais mazelas. Em casos de agressões psicológicas, 43% de todas as mulheres brasileiras já foram vitimadas e, em todos os casos de violências, mulheres negras, de baixa escolaridade, com filhos e divorciadas são os principais alvos (SOUZA, 2023).

Assim, destaca-se que uma maneira de perpetuar a violência nas famílias e na sociedade é considerar a violência como um evento isolado, sem reconhecer sua tendência a se tornar um padrão crônico. Por isso, enfrentar a violência requer uma rede de apoio, especialmente de políticas públicas (ROCHA, 2005).

Nesse sentido, é fundamental não apenas reconhecer o machismo como um problema social que se manifesta como discriminação de gênero afetando indivíduos de todas as idades, origens culturais e condições socioeconômicas, mas também é crucial a implementação de políticas públicas bem elaboradas e eficazes, destinadas a combater tanto o fenômeno quanto as raízes da violência contra as mulheres.

À vista disso, a lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, é assim nomeada em homenagem à vítima Maria da Penha Maia Fernandes. Sua inspiração decorre de sua história, que, ao longo de muitos anos, ela e suas filhas enfrentaram agressões por parte de seu marido em um contexto doméstico, chegando ela sofrer duas tentativas de homicídio por parte dele.

O motivo central que levou à criação da Lei 11.340/2006 foi o relatório número 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um órgão da Organização dos Estados Americanos. Esse relatório condenou o Brasil internacionalmente devido à sua omissão e negligência em relação aos casos de violência doméstica no país.

Além da condenação internacional por omissão e negligência em relação aos casos de violência doméstica no Brasil, é importante destacar que o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também recomendou ao governo brasileiro a adoção de medidas eficazes para combater a violência contra as mulheres e garantir a proteção de seus direitos.



A Lei Maria da Penha, portanto, foi uma das respostas a essa recomendação, estabelecendo um marco legal significativo para o enfrentamento da violência doméstica e familiar no país, bem como a promoção da igualdade de gênero e a proteção dos direitos das mulheres. A referida lei reafirma os compromissos firmados no artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, onde o Estado tem como dever assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Em sua essência, a lei prioriza a implementação de políticas públicas de prevenção e, ao mesmo tempo, proíbe a imposição de multas financeiras aos agressores. A lei também aumenta a pena de prisão de um para até três anos e estabelece que as mulheres em situação de violência devem ser encaminhadas para programas e serviços de proteção e assistência social.

No relatório “Progresso das Mulheres do Mundo” (2008/2009), da Organização das Nações Unidas, a Lei Maria da Penha é reconhecida como uma das três melhores legislações globais no combate à violência de gênero. Outro destaque importante para a Lei Maria da Penha segundo a professora e presidente da Comissão Nacional de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM, Adélia Moreira Pessoa: “(..) são várias as leis posteriores, ora criando tipos penais, ora estabelecendo mecanismos para prevenção e proteção da mulher e dos filhos” (PESSOA, 2022, p. 2).

A exemplo de algumas medidas mais recentes tomadas há a Lei nº 14.132/2021, que incluiu o artigo 147-A no Código Penal para tipificar os crimes de perseguição (*stalking*), conforme transcrito:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 147-A: "Perseguição Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena — reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: I — contra criança, adolescente ou idoso; II — contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; ifi — mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. § 3º Somente se procede mediante representação (BRASIL, 2021).

Além disso, a Lei nº 14.149/2021, instituiu o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, com o intuito de prevenir feminicídios. E, por fim, a alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que incluiu o conteúdo sobre a prevenção à violência contra a mulher nos currículos da educação básica, além de instituir a Semana Escolar de Combate à violência contra a Mulher, conforme a Lei nº 14.164/21.

Outro destaque importante no avanço da Lei Maria da Penha, é a grande divulgação da mídia que resultou no aumento do número de denúncias que chegaram ao Governo Federal nos últimos anos, que apesar de ser um número significativo, indica que a população enfim está denunciando.

Para Frad (2022) optar por denunciar o agressor pode apresentar uma complexidade significativa para uma mulher, mais do que muitas pessoas possam compreender. Esse desafio surge devido à tendência das mulheres em priorizar os interesses familiares em detrimento de seus próprios.

Denunciar é um passo fundamental na proteção da vítima e um grande avanço para a quebra dos paradigmas culturais, visto que toda a sociedade é responsável pelas



mulheres em situação de violência. Percebe-se, que o acesso à informação e o advento da Lei Maria da Penha resultaram numa verdadeira mudança de paradigma.

## 2.1 O princípio da isonomia e a lei Maria da Penha

Sob outra perspectiva, vale ressaltar que, em consonância com os direitos humanos, a Lei Maria da Penha e demais políticas públicas desenvolvidas nesse contexto buscam, respaldadas pela Constituição Federal, promover a igualdade preconizada pelo princípio de isonomia nos direitos e deveres:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Ampliando a discussão, Mendes (2020) define princípios como os que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. E regras como normas suscetíveis de aplicação imediata. Ou seja, o princípio possui um peso significativo em relação ao tema, podendo ser a ele dado valor imensurável ou ínfimo, mesmo quando em confronto com outros princípios, dependendo do contexto específico.

Como diz Vailatti e Oliveira (2021, p. 385): “Todos os direitos fundamentais, o que inclui o próprio princípio da isonomia, são interpretados e moldados conforme os anseios e necessidades sociais na busca por uma sociedade mais fraterna”.

Nesse sentido, implica dizer que dentro de um sistema jurídico que possui certos ideais ou finalidades que orientam o desenvolvimento das leis e a aplicação da justiça, os princípios possuem papel norteador em casos de inviabilidade das regras que contrariem seus preceitos. Ou seja, há a necessidade da criação de mecanismos como instrumentos que concretizem o princípio da isonomia em função de todas as formas de desigualdades e suas particularidades que existam (VAILATTI; OLIVEIRA, 2021).

Frente a isso, o Supremo Tribunal Federal discutiu e declarou constitucional a Lei Maria da Penha, em julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 19/DF, no que se refere ao princípio da isonomia. O relator da referida ADI, ministro Marco Aurélio sustentou sob o argumento de que a vontade maior da lei é coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. A lei busca, ao conferir esse tratamento legislativo diferenciado, corrigir um histórico de discriminação sofrido pela mulher na sociedade (BRASIL, 2012).

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto na referida ação em julgamento, destacou que: “o próprio princípio da igualdade proíbe discriminar e impõe ao legislador a proteção da pessoa mais frágil na esfera social”. Ainda, de acordo com o ministro, não há inconstitucionalidade na legislação quando se trata de proteção ao menor, ao adolescente, ao idoso e à mulher (BRASIL, 2012).

Em função das considerações aqui traçadas, a Lei Maria da Penha, portanto, não fere o princípio da isonomia assegurado no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. A igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, assegurando-lhes os mesmos direitos e obrigações, e desigualmente os desiguais (BRASIL, 1988).

Para entender o conceito de isonomia divide-se ele em igualdade formal e igualdade material. A primeira significa dizer que há igualdade na lei, devendo o legislador tratar de forma imparcial os indivíduos. Já a igualdade material refere-se ao tratamento



isonômico das partes de forma que as diferenças entre elas sejam suprimidas nos critérios utilizados para o então tratamento igualitário.

Acerca do assunto, ao analisar o fato o doutrinador Silva (2001) diz que o que realmente importa é reconhecer que essa regra sintetiza décadas de lutas das mulheres contra a discriminação. Ainda, diz que é mais significativo o fato de que não se trata apenas de igualdade formal perante a lei, mas sim de igualdade em direitos e responsabilidades.

A emergência de medidas em prol das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar culminou na criação da Lei Maria da Penha, uma resposta atual e imperativa diante dessa necessidade. Apesar de ter introduzido diversas transformações no cenário brasileiro, o principal desafio enfrentado pela Lei Maria da Penha reside na abordagem da desigualdade de gênero.

Conforme destacado por Mello (2006), a avaliação da conformidade de uma norma com o princípio da isonomia demanda uma análise abrangente, indo além de uma única perspectiva questionadora. A persistente reatividade da cultura brasileira ressalta a necessidade de esforços preventivos por parte da sociedade para mitigar as desigualdades sociais que perpetuam as disparidades entre homens e mulheres. Além disso, devido ao contexto histórico que deu origem a esse princípio, a igualdade não deve ser interpretada de maneira absoluta, implicando na proibição geral de diferenciações de tratamento.

### **3. O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Políticas públicas são definidas como o conjunto de ações e decisões tomadas pelos governos que buscam assegurar as necessidades de determinado direito para grupos da sociedade ou para determinado segmento com intuito de diminuir a desigualdade social e promover o bem social.

Muitos autores buscam estabelecer uma definição para esse conceito. Políticas públicas podem-se resumir como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente) (SOUZA, 2003).

Mead (1995), por exemplo, define as políticas públicas como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Lynn (1980), por sua vez, compreende-o como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos.

Do ponto de vista jurídico, Bucci (1997) exprime que políticas públicas são programas governamentais que resultam em processos regulados de maneira jurídica, com o intuito de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Diz ainda que o fundamento mediato e fonte de justificação de políticas públicas é o estado social, marcado pela implementação de direitos fundamentais positivos, exigindo uma prestação positiva do poder público.

No contexto brasileiro, o progresso em tais iniciativas avançou de forma bastante lenta. Na era de Getúlio Vargas (1930-1945), apesar da implementação do Código de Leis Trabalhistas, persistia um aspecto paternalista, e o autoritarismo se refletia na subordinação sindical ao Estado. Já na década de 1950 houve notável avanço na



consciência sociopolítica estatal, mas apesar disso, com o Golpe Militar de 1964, sucedeu a repressão ao progresso mencionado (PESSOA, 2019).

Através da Constituição de 1988, adotou-se uma abordagem mais voltada para políticas sociais, reconhecendo a importância da participação da sociedade civil como um todo. Nela, as políticas públicas assumiram um caráter de direito garantido, em vez de serem encaradas como favores ocasionais concedidos pelo Estado. O artigo 205 da Constituição Federal, estipula que a educação tem como finalidade promover o desenvolvimento integral da pessoa, sua capacitação para exercer a cidadania e sua preparação para o mercado de trabalho. Portanto, é responsabilidade do poder público incorporar a discussão de gênero no currículo educacional, seja de maneira explícita, integrando conhecimentos e atitudes, ou de forma implícita, refletindo a abordagem da instituição de ensino.

Além disso, a Constituição estabelece as ações que devem ser realizadas pelo poder público, visando sempre ao bem-estar não apenas dos cidadãos, mas de todos os seres humanos, garantindo a sua dignidade inerente a esse estado. Posto isso, o Estado Brasileiro adquiriu o status de gerenciador de políticas públicas, voltando suas forças para a melhoria da qualidade de vida daqueles que residem no país.

Em resumo, constata-se que as políticas públicas têm sua principal aplicação nas esferas jurídica e administrativa, concentrando-se na promoção de direitos que demandam a intervenção ativa do Estado. Nesse contexto, é possível estabelecer uma conexão direta entre essas medidas e a luta contra a violência de gênero.

A Lei Maria da Penha desempenhou um papel fundamental na compreensão e abordagem das políticas públicas em relação a violência contra as mulheres no Brasil. A lei estabelece uma série de medidas protetivas, como o encaminhamento de vítimas a programas de proteção e atendimento, incluindo a “Casa da Mulher Brasileira” (BRASIL, 2006).

Um modelo de atendimento integrado que reúne diversos serviços em um único local, incluindo delegacia especializada, juizado, defensoria pública, apoio psicossocial e orientação jurídica. As casas oferecem suporte multidisciplinar para mulheres que sofrem violência doméstica, incluindo abrigo em casos de extrema necessidade. O sigilo é um aspecto importante dessas casas, pois protege a identidade e a segurança das vítimas (BRASIL, 2006).

Além disso, o Governo Brasileiro criou Central de Atendimento à Mulher: “Ligue 180”. Além de receber denúncias, atua como um canal de comunicação com a rede de proteção às mulheres, ajudando a encaminhar casos de violência para as autoridades competentes, como delegacias especializadas e serviços de assistência. Ainda, o serviço não se limita a um tipo específico de violência. Ele abrange violência doméstica, sexual, psicológica, patrimonial e outras formas de violência de gênero (BRASIL, 2010).

Outra medida lançada, é a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, na qual foram apresentados diretrizes e ações de prevenção à violência contra a mulher, conjuntamente à assistência e garantia de direitos às mulheres em situação de violência. Tem como objetivo o enfrentamento das variadas formas de violências cometidas contra mulheres e visa a redução do índice destas, a promoção de valores éticos com o intuito de mudança cultural, a proteção dos direitos de mulheres em situação de violência com ênfase nas diferentes realidades e pormenores inerentes à sociedade, bem como, proporcionar o atendimento humanizado e qualificado em serviços de atendimentos às vítimas (BRASIL, 2011).



Diante das diversas políticas públicas mencionadas, percebe-se o comprometimento do Estado brasileiro em promover o bem-estar e a dignidade de todos os cidadãos. A Constituição estabelece diretrizes que conferem ao Brasil o papel de gestor dessas iniciativas, visando aprimorar a qualidade de vida da população.

Apesar desses esforços, é evidente que desafios persistem na implementação efetiva dessas políticas públicas. A luta contra a violência de gênero requer uma abordagem contínua, engajamento da sociedade e aprimoramento constante das iniciativas já existentes. Apesar dos obstáculos, o Brasil demonstra estar comprometido em enfrentar e superar tais desafios, marcando um passo significativo na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

### **3.1 Desafios na implementação de políticas públicas de combate à violência contra a mulher**

A promoção de medidas legislativas que tenham como objetivo prevenir e combater a violência de gênero e a discriminação contra as mulheres é um passo significativo. Contudo, para que essas medidas sejam eficazes, é fundamental que sejam respaldadas por ações governamentais, tanto no âmbito do Executivo quanto através da atuação do Judiciário.

Além disso, há o desafio considerável de torná-las amplamente conhecidas pela população e garantir que todos tenham acesso à Justiça (ROCHA, 2005). Para tanto, Pessoa (2009) destaca que, no combate à violência contra as mulheres, é essencial direcionar o foco não apenas para os agressores, mas para todo um sistema que contribui para a perpetuação e disseminação dessa violência.

Contudo, o combate eficaz não se limita apenas a medidas formais estabelecidas pelo Estado, mas também abrange ações realizadas no âmbito do convívio social (SILVA *et al.*, 2021). Como mencionado anteriormente, a família desempenha um papel crucial na formação do indivíduo, uma vez que representa o primeiro contato socializador, sendo responsável pelos padrões que são internalizados no cerne humano.

Em um estudo realizado pela "Agência Brasil" em 2013, foi constatado que mais da metade dos entrevistados conhece alguma mulher que foi vítima de violência por parte de seu parceiro, e uma parcela ainda maior conhece algum homem que agrediu sua parceira. Essa realidade ressalta a amplitude do problema e a necessidade de abordá-lo de forma abrangente (BRASIL, 2013).

Saffioti (2001) argumenta que em uma sociedade planejada, o Estado lidera as mudanças sociais, enquanto a família representa um ponto de resistência à transformação. Isso faz perceber que os preconceitos transmitidos dentro das famílias se perpetuam como uma herança, tornando a alteração de hábitos um desafio.

Diante dessa perspectiva, as políticas públicas emergem como uma resposta do Estado aos desafios enfrentados pelos indivíduos e às questões prementes da sociedade. Elas representam uma abordagem planejada e coordenada para lidar com problemas sociais, sejam eles relacionados à violência de gênero, desigualdade, saúde, educação ou outros.

De acordo com a ex-ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, Eleonora Menicucci, a violência contra as mulheres transcende as barreiras de classe social. Ela observou que, embora as mulheres de maior poder aquisitivo possam não tornar pública sua dor, as mulheres mais pobres frequentemente têm suas histórias divulgadas nos meios de comunicação. Isso realça a amplitude do problema e a necessidade de abordá-lo de forma abrangente (MASSALI, 2013).



A complexidade dessas relações civis representa um desafio constante na concretização de uma gestão pública que faça valer a efetiva aplicação das normas regulamentadoras. Além disso, seguindo o argumento apresentado por Pessoa (2019) sobre os aspectos preventivos e as políticas públicas relacionadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres, fica claro que a legislação não se restringe à definição da violência contra a mulher e às punições correspondentes, há a necessidade de implementar medidas que tenham como objetivo dismantelar mitos e estereótipos de gênero.

Queiroz e Diniz (2013) sugerem que a resolução efetiva do desafio relacionado à violência contra as mulheres por meio de políticas governamentais é complexa devido à vasta geografia do país e à falta de um consenso na abordagem do problema.

Nesse sentido, as dificuldades percorrem a necessidade do poder público em promover a construção de relações baseadas na igualdade de gênero, minimizando as desigualdades sociais. Para Pessoa (2009), os direitos das mulheres carecem de ações conjuntas, entre Estado e sociedade, para a plena implementação satisfatória das medidas indicadas na Lei Maria da Penha. Indica ainda como principal pilar para a garantia da norma, o investimento na educação.

Apesar de abordadas as medidas adotadas pelo poder público no enfrentamento da violência contra as mulheres, como mencionado anteriormente, a execução dessas medidas encontra obstáculos. Portanto, é fundamental que haja cooperação entre o Estado e a sociedade na criação e efetivação de políticas públicas que verdadeiramente enfrentem a violência contra a mulher. Havendo a mobilização dos entes que carecem em determinar medidas públicas e o controle e fiscalização das normas e políticas, para garantir seu acolhimento e respeito, sendo indispensáveis pelos órgãos estatais e pelas entidades civis (PESSOA, 2009).

Em resumo, a problemática em questão, em decorrência dos estereótipos construídos socialmente, possui um longo caminho a ser trilhado para o seu desaparecimento. A existência de Leis, apesar de ser um grande passo tanto social como jurídico, põe em questão a eficácia, pois esta depende da implementação adequada. É crucial mobilizar todos os setores da sociedade, desde a socialização inicial na família até a educação formal, a fim de criar uma conscientização sobre a igualdade de gênero.

Portanto, diante de um problema cultural de tamanha magnitude, é necessário realizar ações conjuntas que visem não apenas punir os agressores, mas também prevenir a reincidência do crime, promovendo a conscientização necessária para uma verdadeira mudança na realidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência contra a mulher não parte de um contexto simplista baseado apenas em discussões ou desentendimentos decorrentes de relacionamentos tumultuados. A sociedade, ao longo da história, permitiu que o sistema utilizasse as mulheres como vítimas passivas das desigualdades de gênero. Diante desse contexto, tornou-se necessário avaliar se o poder público adotou medidas adequadas para combater a violência contra as mulheres.

A primeira seção da pesquisa revelou a persistência da violência contra a mulher ao longo da história, com destaque para a importância da conscientização sobre o machismo estrutural. Abordou a complexidade da violência, definindo-a como um emaranhado de ações que refletem poder e dominação e enfatizou a importância de



fomentar a igualdade de gênero e o papel crucial de políticas públicas e legislações efetivas.

No segundo momento, a pesquisa destacou o progresso histórico das mulheres brasileiras na conquista de direitos civis e políticos, como o acesso à educação em 1879 e o direito ao voto em 1932. Ainda, evidenciou a importância da participação masculina na transformação cultural e a discussão sobre o princípio da isonomia destacando que a Lei Maria da Penha não fere o referido princípio, pois busca corrigir discriminações históricas contra mulheres.

Ademais, a terceira e última seção da pesquisa conceituou que as políticas públicas abrangem ações governamentais para garantir direitos e reduzir desigualdades e que no Brasil, avançaram com a Constituição de 1988. O texto destacou a relevância da Lei Maria da Penha e a criação da "Casa da Mulher Brasileira" para combater a violência de gênero. No entanto, revelou que a implementação eficaz das políticas públicas enfrenta desafios, como a necessidade de encarar preconceitos enraizados na sociedade e a importância da educação na promoção da igualdade de gênero.

Dessa maneira, a hipótese inicial foi confirmada. O Brasil, como poder público, tem adotado medidas para combater a violência contra as mulheres. Todavia, apesar delas buscarem concretizar direitos e garantias fundamentais da coletividade, sozinhas não possuem a força necessária para a efetiva abolição da violência feminina, ante a natureza geracional e histórica já mencionada. Portanto, conclui-se que cada vez mais é indispensável os esforços conjuntos de instituições formais e informais, como o governo e a sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Flávia. **Pesquisa revela que 70% das pessoas acreditam que mulher sofre mais violência dentro de casa**. Agência Brasil: Empresa Brasil de Comunicação. Brasília/Df, 05 ago. 2013. Disponível em: <<https://l1nq.com/H01qd>>. Acesso em: 10 out. 23.

ALEIXO, Bruna Massaferró; SARTORI, Marcelo Vanzella. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha à luz do princípio da igualdade**. Universitas, Paraná, v. 5, ano 3, 25 jul. 2010.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 4ª edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 – Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4121.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – Lei do Divórcio**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto 7.393 de 15 de dezembro de 2010 – Institui a Central de Atendimento à Mulher**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-)



2010/2010/decreto/D7393.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.393%2C%20DE%2015,que%20lhe%20confere%20o%20art.>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. 2011. Disponível em: <<https://ury1.com/7fnRu>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.132 de 31 de março de 2021 – Insere no Código Penal o artigo 147-A para tipificar o crime de perseguição**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.164 de 10 de junho de 2021 – Altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica e institui a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Lei/L14164.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14164.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2023.

CARVALHO, Carol Lima de. Mulheres negras em ação: associação mulheres negras Antonieta de Barros, Florianópolis-SC (1985-2015). In: **III SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISTÓRIA DO TEMPO PRESENTE**, 2017, Florianópolis: Universidade Estadual de Santa Catarina, 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Contra a Violência**. 2011. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wpcontent/uploads/2011/06/contra-a-violenciamarilena-chaii.doc>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

ESTANISLAU, Priscila Afra. **A Luta das Mulheres por Direitos na Revolução Francesa**. Universidade Federal de Pelotas. 2023.

FRAD, Laura. **Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022**. 2022. Disponível em: <<https://acesse.one/rhS3Y>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

FRANÇA, Alba Maria Bomfim de; SILVA, Ovânia Marques de Oliveira e. **Mulheres em situação de vulnerabilidade: um olhar à luz da fenomenologia social**. Pernambuco, v. 2, n. 10, 2016.

LIMA, Daniel Costa; BÜCHELE, Fátima; CLÍMACO, Danilo de Assis. **Homens, Gênero e Violência Contra a Mulher**. Saúde Soc. São Paulo, v.17, n.2, jun. 2008.

MAGRIN, Juliana Cristina; OLIVEIRA, Wanderlei Abadio. **Men's perceptions of domestic violence against women: A qualitative study**. 2023. Paidéia (Ribeirão Preto).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. edição, Malheiros: São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553618088. Disponível em:



<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/>>. Acesso em: 10 out. 2023.

MONTEIRO, Kimberly Motta; GRUBBA, Leilane Serratine. **A Luta das Mulheres Pelo Espaço Público Na Primeira Onda do Feminismo: De Suffragettes às Sufragistas.** Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 8, n. 2, 2017.

MOTTA, Alda Britto da; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia. **Um diálogo com Simone de Beauvoir e outras falas.** Salvador: NEIM/UFBA, 2000.

NOVELLINO, Maria Salet. **Os Estudos Sobre Feminização Da Pobreza E Políticas Públicas Para Mulheres.** XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP. Caxambú. 2004. Disponível em: <<https://11nq.com/uQZHJ>>. Acesso em: 15 set. 2023.

OLIVEIRA, Bruna Natali Rodrigues de. **Feminicídio: análise sociojurídica sobre o machismo estrutural e sua influência na legislação brasileira.** 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé, Universidade Federal Fluminense, 2021. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/25022>>. Acesso em: 12 set. 2023

ONU. **Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <<https://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/paridade/>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **ODS-5.** Disponível em: <<https://ipea.gov.br/ods/ods5.html#:~:text=Alcan%C3%A7ar%20a%20igualdade%20de%20g%C3%AAnero%20e%20empoderar%20todas%20as%20mulheres%20e%20meninas&text=5.1%20-%20Acabar%20com%20todas%20as,e%20meninas%20em%20toda%20partes>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

PESSOA, Adélia Moreira. **Aspectos Preventivos e Políticas Públicas no Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres.** 2009. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/241.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2023.

QUEIROZ, Fernanda Marques de; DINIZ, Maria Ilidiana. **Desafios à Implementação de políticas públicas para as mulheres em situação de violência.** 2013. Disponível em: <<https://11nq.com/1NhXQ>>. Acesso em: 12 out. 2023.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **Violência de gênero e políticas públicas no Brasil: considerações sobre o Programa Nacional de Combate à Violência contra a Mulher.** São Luís, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, Patriarcado, Violência.** 2ª edição. Editora Expressão Popular. 2015.

\_\_\_\_\_. **Dossiê: Feminismo Em Questão, Questões Do Feminismo - Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero.** Cad. Pagu. 2001.

SANTA CATARINA. **Trecho do discurso proferido pela Deputada Antonieta de Barros na ocasião da promulgação da Lei de nº145 que instituiu o Dia do Professor.** 1948. Disponível em: <[https://memoriapolitica.alesc.sc.gov.br/biografia/68-Antonieta\\_de\\_Barros](https://memoriapolitica.alesc.sc.gov.br/biografia/68-Antonieta_de_Barros)>. Acesso em: 15 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. **Antonieta de Barros presidiu a reunião da Assembleia Estadual.** A Notícia. Joinville, 20 jul. 1937. n. 2638. Disponível em: <<http://memoriapolitica.alesc.sc.gov.br/rOTAzMjM=>>>. Acesso em: 27 out. 2023.



SILVA, Andrey Ferreira da; *et. al.* **Elementos constitutivos da masculinidade ensinados/apreendidos na infância e adolescência de homens que estão sendo processados criminalmente por violência contra a mulher/parceira.** *Ciência & Saúde Coletiva*, 27 (6) 2123-2131. 2022.

SILVA, Gabriela Soares da. **Processo Penal, Gênero e Revitimização: A Questão da Retratação de Vítimas em Processos de Violência Doméstica no Distrito Federal.** Programa de Iniciação Científica PIC/CEUB. ISSN: 2595-4563. 2020.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Maria Arleide da; NETO, Gilliat Hanois Falbo; FILHO, José Eulálio CABRAL. **Maus-tratos na Infância de Mulheres Vítimas de Violência.** *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 14, n. 1, jan./mar. 2009.

SOUZA, Ludmilla. **Mais de 18 milhões de mulheres sofreram violência em 2022.** Disponível em: <<https://acesse.dev/emqT2>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

TAVARES, Manuel. **As teias da violência: silêncios, invisibilidades e cumplicidades.** Volume 15 – Número 22– Jul/Dez 2013.

VAILATTI, Diogo Basilio; OLIVEIRA, Guilherme Piccinin De. **A lei Maria da Penha enquanto instrumento do princípio da isonomia.** *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba*, Sorocaba, SP, v. 1, n. 1, 18 mar. 2021.



## COMPLIANCE COMO FORMA DE EFETIVAR OS PRINCÍPIOS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS EM ÓRGÃOS MUNICIPAIS

Jennifer Nardes<sup>1</sup>  
Helena Liebl<sup>2</sup>

**Resumo:** A administração pública municipal enfrenta, de forma diária, a condução de processos licitatórios com o propósito de efetuar a contratação de obras, serviços, aquisições e alienações. Entretanto, quando este processo não observa rigorosamente a legislação vigente, seguindo os procedimentos estabelecidos, pode haver a ocorrência de corrupção grave. Este problema profundamente enraizado no Brasil manifesta-se em diversos setores, incluindo o âmbito das licitações. Nesse sentido, em resposta a escândalos ocorridos no país, a legislação procurou implementar um programa de integridade e *compliance*, no qual traria um reforço significativo para os princípios licitatórios que propagam a eficiência, transparência, ética, entre outros e uma prevenção contra irregularidades que corresponderiam a possíveis casos de corrupção. Assim, o presente artigo buscou, em primeiro lugar, apresentar o conceito de *compliance*, que visa promover a ética e o cumprimento das normas; em segundo lugar, reforçar os princípios licitatórios, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme estipulado no artigo 5º da Lei 14.133/2021; e, por fim, compreender a exigência do *compliance* para assegurar os princípios licitatórios em âmbitos municipais como um mecanismo de combate às irregularidades.

**Palavras-chave:** *Compliance*. Licitações. Corrupção. Princípios Licitatórios. Municípios.

**Abstract:** The municipal public administration deals daily with the conduct of bidding processes with the purpose of contracting works, services, acquisitions, and disposals. However, when this process does not strictly adhere to the current legislation and established procedures, serious corruption may occur. This issue, deeply rooted in Brazil, manifests across various sectors, including the field of bidding. In response to scandals that have occurred in the country, the legislation sought to implement an integrity and compliance program, which provides significant reinforcement for bidding principles promoting efficiency, transparency, ethics, among others. Thus, this article aims to, first, present the concept of compliance, which aims to promote ethics and adherence to regulations; second, reinforce the bidding principles, namely: legality, impersonality, morality, publicity, and efficiency, as stipulated in Article 5 of Law 14.133/2021; and, finally, understand the necessity of compliance to ensure bidding principles in municipal contexts as a mechanism to combat irregularities.

**Keywords:** *Compliance*. Tenders. Corruption. Bidding Principles. Municipalities.

### INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, persiste uma concepção distorcida de que o *compliance* é direcionado e desenvolvido exclusivamente para corporações privadas. Contudo, em contraste com essa percepção, a Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021), conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, evidencia em seu artigo 25, §4º, elementos dessa disciplina. O referido dispositivo estabelece que, em contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de um programa de integridade pelo licitante.

Este programa é um mecanismo essencial de organização em âmbitos públicos que se mantém em conjunto com o *compliance*, no qual obtém como objetivo promover cordialidade com as normas e prevenir possíveis casos de corrupção em âmbitos

1. Acadêmica da 6º fase do curso de Direito do IELUSC. E-mail: jennifernardes@hotmail.com. Tel: (47) 99713-4478

2. Advogada. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI e em Derecho Ambiental y Sostenibilidad pela Universidade de Alicante/Espanha. Professora do IELUSC e do curso ALG Aprova. E-mail: lieblhelena@gmail.com. Tel: (47) 99711-7663.



licitatórios. A partir disso, compreende-se que o método é aplicável tanto no setor privado quanto no público, oferecendo benefícios significativos por sua eficiente finalidade.

O *compliance*, em contexto de corrupções em âmbitos licitatórios, vêm justamente de maneira preventiva. Entende-se desta forma que, se o município segue estritamente o que está disposto na Lei 14.133/21 e seus princípios licitatórios expostos no artigo 5º, prevenirá que ocorra situações adversas de corrupção, já que estará em conformidade com a legislação.

Ademais, o método foi implementado na Lei de Licitações e Contratações Públicas pelos recorrentes problemas relacionados à corrupção, sendo o artigo 7º, § 1º (BRASIL, 2021) um excelente exemplo como método anticorrupção, exigindo que seja vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Dessa forma, busca estudar se a exigência do *compliance* em searas municipais tende a prevenir contra a corrupção em âmbitos licitatórios, por meio de medidas específicas promovidas por essa disciplina, uma vez que tais medidas visam assegurar conformidade com a legislação, detectando e corrigindo desvios em conjunto com o programa de integridade.

Destarte, serão identificados três tópicos distintos no presente trabalho. No primeiro tópico, será abordado o conceito de *compliance*, incluindo sua definição, origem, objetivos, pilares e benefícios. Também será discutida sua aplicação em âmbitos privados e públicos, bem como a Lei Anticorrupção e a Operação Lava Jato, entre outros aspectos relevantes. O segundo tópico discutirá os princípios licitatórios conforme estabelecido no artigo 5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos 14.133/2021 e a importância de um método que reforce a sua conformidade legal pelos gestores municipais.

O terceiro tópico tratará do *compliance* como ferramenta para a efetivação dos princípios dos procedimentos licitatórios em órgãos públicos, visando a prevenção de crimes de corrupção por meio da conformidade com as normas.

Para a elaboração deste artigo científico, adotou-se o método de revisão bibliográfica, com levantamento de referências teóricas previamente analisadas em pesquisas bibliográficas, artigos, documentos e teses.

O objetivo é estudar como o *compliance* pode ser utilizado para combater a corrupção em processos licitatórios, reforçando os princípios licitatórios, um tema de extrema relevância para a sociedade, visto que envolve a gestão de recursos públicos e os reflexos da corrupção nesses contextos.

### **1.1. Do *compliance***

Constata-se atualmente na legislação brasileira, um programa de integridade cuja função de modo geral é estabelecer uma adequada obediência às normas e salientar a eticidade. No contexto da administração pública, o programa enfatiza o princípio da legalidade e transparência, a qual se resultará na conformidade legal dos procedimentos licitatórios, prevenindo eventuais corrupções, fraudes e irregularidades que possam impactar diretamente a coletividade.

Em âmbitos empresariais, o programa se torna fundamental para reduzir possíveis penalidades e garantir a conformidade legal nas áreas trabalhistas, fiscais, ambientais, entre outras. Diante essas características citadas, se torna compreensível que há se de tratar sobre um típico programa de integridade que se denomina como *compliance*.



A palavra “*compliance*” é uma palavra inglesa que significa “conformidade”, comportamento de acordo com a norma (Dal Pazzo e Martins, 2020). Seu objetivo é estabelecer um conjunto de atos institucionais, gerenciamento, controle e regulamentação, com a finalidade de promover a transparência e reduzir o nível de risco associado a comportamentos que violam princípios de integridade., conforme aborda Helena Liebl e Roberto Epifanio Tomaz (2017, p. 42):

Como o sistema *compliance* se constitui em um programa de integridade que tem por objetivo estabelecer uma conjuntura de atos institucionais, gerenciamento, controle e regulamentação para que, assim, se promova a transparência e a redução do nível de risco de atitudes que violam princípios de integridade, adotando, portanto, ferramentas que impedem a ocorrência de casos de corrupção.

Entende-se, desta forma, que o referido programa visa, tanto no setor privado quanto no público, estabelecer uma política de ética que assegure o cumprimento adequado das normas, e conseqüentemente, inibir-se de eventuais penalidades que geram burocracias significativas e que se não respeitados, resultará em uma deplorável credibilidade tanto para uma empresa privada, quanto para a administração pública, que por sua vez, é esperada pela coletividade a cordialidade e rigorosidade com seus respectivos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tais programas possuem pilares essenciais para a sua constituição. No público, conforme exposto pelos autores Daniel Sibille e Alexandre Serpa no e-book do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (INTI, 2017), há três pilares de sustentação: prevenção, detecção e correção – de forma geral, condiz com o envolvimento amplo dos gestores, a transparência, a comunicação, treinamento para força de trabalho, canal de denúncia efetivo, processo de apuração e políticas contínuas de boas práticas. Neste contexto, para que o programa de *compliance* seja devidamente reconhecido nas instituições, é imprescindível sua implementação e conformidade com os princípios estabelecidos pelos pilares fundamentais.

Em contrapartida, no privado, de acordo com a LEC (*Legal Ethics Compliance*), os pilares do *compliance* são identificados como: I - Suporte de Alta Administração; II - Avaliação de Risco, III - Código de Conduta e políticas de *Compliance*; IV - Controles Internos; V - Treinamento e Comunicação; VI - Canais de Denúncias VII - Investigações Internas; VIII - Due Diligence; IX - Monitoramento e Auditoria.

Adiante, é de suma importância compreender o surgimento do *compliance*, desta forma, Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella (2015, p. 134) abordam que:

A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. Alguns anos depois, precisamente em nove de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades. Ainda, merece destaque o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado logo após os atentados terroristas de 11 de setembro. Em seu artigo 352, foi estabelecido que as entidades financeiras deverão desenvolver



políticas e procedimentos de controle interno, com o intuito de proteger-se contra a lavagem de dinheiro.

No Brasil, o *compliance* principiou seus traços na década de 90, na Lei 8.112/90 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e, na Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992), dispendo sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal; e dá outras providências (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Ademais, é de extrema importância salientar que o programa de *compliance* adquiriu uma relevância ainda maior com a promulgação da Lei nº 12.846/13 (BRASIL, 2013), conhecida como Lei Anticorrupção.

De acordo com os fundamentos doutrinários:

A Lei n. 12.846/2013, em estrita síntese e conforme já se adiantou, estabeleceu amplas possibilidades de serem atingidas as pessoas jurídicas que sejam copartícipes de ilícitos praticados em desfavor da Administração Pública, tanto nacional como estrangeira, cominando sanções severas. (PESTANA, 2016, p. 3).

Sobre a Lei Anticorrupção, aborda Raquel de Mattos Pimenta (2020, p. 18) que:

No Brasil, ao contrário da primeira experiência norte-americana, a possibilidade de uma solução consensual era recém-incorporada à legislação brasileira, por meio da Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. A chamada Lei Anticorrupção (ou Lei da Empresa Limpa) foi promulgada, em parte, em resposta aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial à Convenção da OCDE, e, em parte, aos protestos de 2013 e outras pressões domésticas. Ainda que existisse previsão legal, o uso deste instrumento, o chamado acordo de leniência, não foi mera aplicação automática dos artigos da lei. Assim como o caso Watergate e seu programa, a implementação dos acordos de leniência no Brasil iniciou-se no contexto conturbado da Lava Jato, fomentou inovações e encontrou enormes desafios.

A operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014, investigou um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro envolvendo a Petrobrás, grandes empreiteiras do país e políticos (CIOCCARI, 2015). Foi dividida em várias fases na qual resultou o encontro de diversos contratos fraudulentos, como exemplo na fase trinta, chamada Operação Vício, que “teve como foco a investigação de pagamentos de propinas de valores superiores a R\$42 milhões em contratos referentes à Petrobrás com fornecedores de conexões e tubos”. (COSTA, 2022, p. 32)

Escândalos como este evidenciam a importância da criação da Lei Anticorrupção, uma vez que nela se observa um incentivo substancial para a implementação de programas de *compliance*, o que, por sua vez, contribui de forma significativa para o combate à corrupção. Destarte, o artigo 9º, parágrafo 1º e incisos da Lei 13.303/2016 (BRASIL, 2016), apresentam a devida importância de elaborar e divulgar um Código de Conduta e Integridade:

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:  
I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;  
II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;



### III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário

Muito embora a Lei Anticorrupção tenha proporcionado avanços significativos no combate à corrupção através da promoção de práticas de integridade, a Operação Lava Jato evidenciou a necessidade de reformas legislativas adicionais. Nesse contexto, a Lei nº 13.303/2016 foi implementada para abordar essas lacunas, conforme detalhado a seguir:

Diante de tais impactos sociais e econômicos, a operação Lava Jato colocou a discussão sobre corrupção estrutural e a necessidade reformas legislativas no centro do debate político e social, o que impulsionou a aprovação da Lei nº 13.303/2016 e, como forma de fortalecer a imagem da sociedade empresária, forçou a Petrobrás a reestruturar todo o seu programa de *compliance* haja vista que o *compliance* existente à época do escândalo era totalmente ineficiente. (SILVA, 2022, p. 276).

Destarte, conforme descrito, após o escândalo ocorrido com a Petrobrás, a sociedade de economia mista adotou uma renovação de *compliance* em seus regimentos, incluindo a adoção de um programa próprio. Dessa forma, proferiu em seu site oficial:

Nossa empresa é guiada pelo Programa de *Compliance* da Petrobras, um conjunto de mecanismos destinados a prevenir, detectar e remediar desvios de conduta e atos lesivos praticados contra a companhia, incluindo aqueles relacionados à fraude e à corrupção, à lavagem de dinheiro, a sanções comerciais, ao conflito de interesses e à violação à defesa da concorrência. (Petrobrás).

Além disso, conforme informado no site oficial, o Programa de *Compliance* da Petrobras é estruturado em três pilares fundamentais, com o objetivo de fortalecer a ética, a integridade e a transparência. Estes pilares são: a prevenção, que identifica, avalia e reduz o risco de conformidade; a detecção, capaz de identificar e interromper eventual desvio ético; e remediação, responsabilização e a penalidade aplicável a cada caso.

Nesse contexto, é evidente a importância que a sociedade de economia mista atribuiu ao *compliance*, considerando que, conforme exposto, essa questão não era prioritária até o momento do escândalo de corrupção. Com o tempo, a organização passou a adotar de maneira crescente práticas de ética e conformidade com as normas, restabelecendo gradualmente sua credibilidade.

À luz do que foi exposto, constata-se que o *compliance* desempenha um papel significativo no país, avançando gradualmente em sua evolução e implementação. Dessa forma, foi possível compreender que o *compliance* origina-se de um programa de integridade que visa reforçar a ética e assegurar o cumprimento das normas, a fim de evitar possíveis penalidades burocráticas, conforme explicado anteriormente pelos autores Francisco Schertel Mendes e Vinícius Marques de Carvalho (2017, p. 2).

No Brasil, a progressão do *compliance* tem sido notável. O conceito foi gradualmente aprimorado e integrado à legislação, recebendo a devida atenção. Sociedades de relevância, cujos envolvimento resultaram em escândalos envolvendo diversas fraudes, corrupção e negligência, passaram a adotar o *compliance* como uma estratégia para a restauração de sua credibilidade.

Assim, é pertinente destacar os benefícios promovidos e influenciados pelo *compliance*, que, de forma excepcional, oferece uma esperança significativa para o controle e combate à corrupção profundamente enraizada no país.



## 2. ASPECTOS GERAIS DA LEI DE LICITAÇÕES

Primeiramente, é imprescindível dissertar o que é uma licitação.

Conforme expõe a doutrina, a licitação é uma exigência inafastável para a escolha daqueles que o Estado deseja contratar para realizar os objetivos da ação administrativa. (JUNIOR, 2021, p. 21).

Entende-se, dessa forma, que a licitação é um procedimento que precede a formalização do contrato, com o propósito de realizar contratações de obras, serviços, compras e alienações em benefício da administração pública - em conformidade com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, sendo obrigatória a realização de licitação nesses casos.

A licitação e as contratações públicas estão regulamentadas na Lei 14.133/2021 estabelecendo os princípios que norteiam o processo, define as modalidades de licitação, detalha o processo licitatório, entre outros aspectos relevantes. Diante o exposto, é de extrema relevância discorrer sobre suas particularidades.

Inicialmente, pontua-se os princípios licitatórios. Conforme o artigo 5º da Lei 14.133/2021:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Dentre os princípios mencionados, destacam-se o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo os tradicionais princípios que norteiam a administração pública.

Primeiramente, inicia-se pelo princípio da legalidade, onde a licitação deve seguir um procedimento vinculado à lei. Assim, é possível identificar, por exemplo, no artigo 12 da referida Lei 14.133/21 (BRASIL, 2021) na qual descreve que em processo licitatório, deverá ser observado os seguintes critérios: documentos produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis; os valores os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional; os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, entre outros. Destarte, entende-se que a criação de uma licitação deve estar estritamente vinculada à legislação, seguindo o princípio da legalidade.

Em seguida, é possível identificar o princípio da impessoalidade, que tem o objetivo de eliminar a discricionariedade e a subjetividade nos procedimentos de licitação, prevenindo qualquer tipo de favorecimento pessoal. Este princípio está estreitamente vinculado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, conforme Di Pietro (2022, p. 393):

O princípio da impessoalidade [...] aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele



oferecidas, salvo as expressamente previstas em lei ou no instrumento convocatório.

Destarte, compreende-se que todos têm a oportunidade de participar de licitações. Dessa forma, evita-se que um agente público favoreça uma empresa ou uma pessoa física por meio de uma escolha manipulada no processo licitatório. Tal prática não apenas viola o princípio da impessoalidade, mas também contraria o princípio da supremacia do interesse público, uma vez que a seleção não será feita com base no benefício público, mas sim em privilégios pessoais.

A seguir, é possível abordar o princípio da moralidade, o qual demanda não apenas a conformidade com a lei, mas também que os licitantes e os agentes públicos adotem comportamentos éticos e morais. Nesse contexto, é relevante relacionar o princípio da moralidade com o princípio da probidade e boa-fé, pois ambos promovem a honestidade e a integridade, prevenindo a ocorrência de ilícitos, como crimes licitatórios.

Estes são detalhados no capítulo II-B do Código Penal, que trata dos crimes em licitações e contratos administrativos - entre os crimes mencionados, destacam-se a contratação direta ilegal, a frustração do caráter competitivo da licitação e o patrocínio de contratação indevida, entre outros.

No princípio da publicidade, todas as licitações precisam e devem ser publicadas. Dessa forma, a doutrina:

[...] diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. (Di Pietro, 2022, p. 393).

Compreende-se que a publicidade das licitações deve ser essencial, com especial ênfase aos licitantes, uma vez que é por meio dessa transparência que se pode assegurar a conformidade do procedimento com a legislação vigente. A publicidade garante a ampla divulgação e a possibilidade de análise concreta de que o processo está em estrita observância às normas legais.

Nota-se a sua atuação no artigo 54 e 152 da Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021), onde, consecutivamente, expõe que a publicidade do edital de licitação deverá ser realizada mediante a divulgação e a manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a arbitragem de possíveis controvérsias será sempre de direito e deverá observar o princípio da publicidade.

Por fim, observa-se o princípio da eficiência, o qual visa, por meio da licitação, alcançar o melhor resultado possível - por exemplo, em uma licitação para obras públicas, o princípio da eficiência visa selecionar a opção que se revele mais conveniente e satisfatória, de modo a atender de maneira adequada às funcionalidades e necessidades da população.

Outrossim, é possível identificar a sua importância disposta em alguns artigos da Lei 14.133/2021, podendo ser utilizado como exemplo, o parágrafo único do artigo 11º (Lei 14.133, art. 11, parágrafo único), onde:

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de



alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (Lei 14.133, art. 11, parágrafo único).

Dessa forma, constata-se que a eficiência é um dos objetivos primordiais da administração pública nas questões licitatórias, pois assegura que o serviço prestado gere benefícios essenciais para a população, sempre em consonância com o princípio da supremacia do interesse público.

Adiante, superados os princípios, encontram-se dispostos algumas modalidades licitatórias, a saber: o pregão, que é realizado a partir de propostas e lances em sessão pública; a concorrência, que prioriza a publicidade para garantir a participação de todos os interessados na licitação; o concurso, utilizado quando se exige a apresentação de trabalho técnico, científico ou artístico; o leilão, destinado à alienação de bens móveis ou imóveis; e, por fim, o diálogo competitivo, aplicável em casos excepcionais que demandam soluções inovadoras e tecnológicas.

No que tange ao procedimento, para que os interessados possam submeter suas propostas, é aberta uma licitação. Em seguida, é publicado um edital de convocação que estabelece diversos critérios, incluindo os requisitos para a contratação. O edital orienta o convocado sobre a necessidade de decidir se está interessado em celebrar um contrato jurídico com a administração pública. Caso o interessado manifeste seu interesse e atenda a todos os critérios especificados no edital, será celebrado um contrato administrativo.

Em síntese, neste tópico foi abordado sobre os princípios do artigo 5º da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) e particularidades licitatórias. Destarte, em que pese os princípios, é possível afirmar que são fundamentos essenciais para que seja assegurado a integridade e a correta condução de suas operações. Ao respeitar tais princípios, é viável garantir a transparência quanto à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, sobretudo, eficiência. Este último, pode-se considerar um dos princípios mais relevantes, no qual procura-se em específico a efetividade na abertura de licitações.

Em resumo, como meio de facilitar esse devido respeito às normas, depara-se com o papel do *compliance* em órgãos municipais, no qual vai procurar garantir que os gestores estejam agindo de boa-fé com a administração pública municipal.

### **3. COMPLIANCE COMO FORMA DE EFETIVAR OS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS EM ÓRGÃOS MUNICIPAIS**

O Brasil conta com mais de 5 mil municípios, responsáveis por bilhões de reais gastos em compras públicas e contratações todos os anos (Barros, 2020). Destarte, pode-se compreender que esses procedimentos devem ocorrer conforme os dispositivos da Lei 14.133/21 (BRASIL, 2021), que estabelece normas gerais para órgãos do Poder Legislativo dos Municípios em searas licitatórias e contratuais:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa.



Na Lei de Licitações e Contratações Públicas, os órgãos municipais devem estar de acordo com os princípios licitatórios e contratuais do artigo 5º, onde dispõe inclusive sobre a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ainda, é possível identificar que a Lei traz dispositivos sobre o programa de integridade, em específico, interligando-se ao *compliance*, cujo objetivo é estar em conformidade com as normas, prevenindo práticas irregulares e ilegais, como o exemplo de fraudes, desvio de condutas, entre outros.

A não observância deste procedimento licitatório pode acarretar a ocorrência de crimes claramente previstos nos dispositivos legais. Assim, conforme estabelecido pela Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021), é possível identificar crimes relacionados às licitações e contratos administrativos, tais como a frustração do caráter competitivo da licitação, modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, impedimento indevido, omissão grave de dados ou informações por projetista, e fraude em licitação ou contrato, entre outros. Adicionalmente, o Código Penal prevê crimes contra a administração pública, destacando-se, entre eles, o crime de corrupção ativa, peculato e concussão.

Por esta razão, em prol de intervir em uma possível constância de corrupções, a Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021) trará em seu artigo 25, §4º, o primeiro dispositivo da Lei onde é possível identificar rastros do programa de integridade e *compliance*.

Redige em seu *caput* que o edital deve incluir o objeto da licitação, regras para convocação, julgamento, habilitação, recursos, penalidades, fiscalização e gestão do contrato, além de detalhes sobre a entrega do objeto e as condições de pagamento, obtendo em seu parágrafo 4º que em contextos de contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deve exigir que o licitante vencedor implemente um programa de integridade no prazo de 6 meses após a assinatura do contrato, com regulamentos sobre medidas, comprovação e penalidades por descumprimento. Desta maneira, é possível compreender que o legislador procurou mencionar o programa de integridade neste contexto para garantir que o licitante vencedor siga padrões éticos e legais durante a execução do contrato, não trazendo quaisquer malefícios para a sociedade.

O *compliance* em âmbitos municipais surge com o objetivo de garantir que os princípios sejam assegurados, mantendo-se em cordialidade com a legalidade, transparência, eficiência e a ética. Além disso, para que haja um gerenciamento do patrimônio público de forma adequada, é necessário que os municípios invistam em mecanismos internos para agirem de forma preventiva, trazendo benefícios aos cidadãos, gestores, entre outros, conforme expõe Bruno Sampaio Barros (2020):

Para que haja o melhor aproveitamento possível de recursos, o gerenciamento adequado do patrimônio público, o cumprimento das metas e políticas públicas estabelecidas e a plena prestação de contas à sociedade, é imperioso, conforme abordado no texto, que os municípios brasileiros disponham de órgãos e mecanismos de controle interno efetivos e que atuem, principalmente, de forma preventiva, acautelando eventuais prejuízos à imagem e confiabilidade do Estado, aos cidadãos, aos gestores e aos programas de governo.

Neste contexto, considera-se essencial que os municípios brasileiros implementem mecanismos internos em seus órgãos para que assegurem o cumprimento dos princípios estabelecidos. É necessário, por exemplo, que a gestão municipal esteja em conformidade com o princípio da eficiência, uma vez que um serviço que não prioriza a obtenção de resultados positivos e significativos para a sociedade em geral torna-se insustentável. À vista desses mecanismos internos, incluindo especialmente o *compliance*



na gestão - sendo disposto pela Lei 14.133/21 (BRASIL, 2021), é possível que um município conte com mais credibilidade e probidade em relação a suas questões gerenciais em prol do interesse público.

No Estado de Santa Catarina, alguns municípios já implantaram a prática do programa de integridade e *compliance*. De acordo com o site oficial da prefeitura de Blumenau, o programa foi instituído pelo município por meio do Decreto nº 13.485 de 29 de outubro de 2021 e, com o advento do Decreto nº 15.083 de 23 de janeiro de 2024, foram instituídas as atividades e procedimentos relacionados ao Programa, à elaboração do Plano Municipal de Integridade e *Compliance* (PMIC) e às prerrogativas do Comitê de Integridade e *Compliance* (CIC).

Inclusive, é possível identificar no Decreto nº 15.083/2024 (BRASIL, 2024) o respectivo preâmbulo:

CONSIDERANDO as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que norteiam a atuação da Administração Pública, notadamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com especial atenção à probidade no modo de agir de seus agentes públicos, CONSIDERANDO a necessidade de promover a ética, a transparência e a responsabilidade na Administração Pública Municipal, CONSIDERANDO a importância de prevenir e combater atos de corrupção, fraudes e irregularidades na gestão municipal, CONSIDERANDO a recomendação de órgãos de controle e a implementação de Planos de Integridade e Compliance [...]

Entende-se a partir deste preâmbulo a importância significativa de um programa de integridade e *compliance* em searas municipais. Reforça, além disso, a ideia de que o *compliance* contribui de maneira efetiva para que sejam seguidos com cordialidade os princípios da administração pública – já que o seu objetivo é a conformidade com as normas e regulamentos. Ademais, coloca em ênfase a ética, transparência e responsabilidade na Administração Pública Municipal, justamente considerando a devida importância de prevenir possíveis corrupções, fraudes e falhas na gestão pública. A partir disso, é possível identificar com clareza a importância que o município de Blumenau deu a essas implementações, trazendo uma certeza, confiança e transparência para a população deste território.

O município de Guabiruba também se tornou referência em programa de integridade e *compliance*, sendo implementado, de acordo com o site oficial da prefeitura, a partir do Decreto nº 1.769/2021, na qual traz em seu artigo 3º e incisos seus respectivos objetivos. Pode-se mencionar primeiramente o inciso I, no qual obtém-se como objetivo adotar princípios éticos e normas de conduta. Adiante, encontra-se a o ato de promover a adoção de medidas e ações constitucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e a correção de fraudes e atos de corrupção e a motivação de comportamento ético e íntegro por meio de orientações e campanhas referentes aos temas da integridade, sendo apresentados outros objetivos diante o dispositivo.

Identifica-se também neste decreto seus pilares, fases, partes integrantes, estrutura de funcionamento etc., o que é extremamente abrangente para a implantação do programa de integridade e *compliance* no município de Guabiruba.

Em suma, a implementação do programa de integridade e *compliance* nos municípios, por meio de decretos, tende a promover uma ética, conformidade e transparência substanciais nos processos licitatórios, aumentando a segurança contra irregularidades.



Quando a Administração Pública Municipal se alinha com os princípios licitatórios e recebe suporte específico do *compliance*, os resultados esperados incluem uma administração com elevada ética e conformidade normativa.

Desta forma, compreende-se que um procedimento licitatório exposto pela Lei 14.133/2021 estará estruturado pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e inclusive, pelo *compliance*, no qual fará reforçá-los e mantê-los concomitantemente relacionados para garantir uma efetividade significativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *compliance* é um conjunto de disciplinas onde configura-se estar de acordo com uma norma, priorizando a ética. De acordo com isso, entende-se a sua importância significativa em questões condizentes às licitações públicas e contratações administrativas, haja vista que, para ocorrer uma prevenção de riscos e corrupção, o *compliance* em conjunto com um programa de integridade é indispensável. Ainda, é possível que reforce os princípios licitatórios, como no exemplo do princípio da legalidade, onde há a importância de seguir a norma, e conseqüentemente, o procedimento legal.

Ademais a licitação e contratos administrativos, são meios pelo qual a administração pública municipal realiza seus negócios jurídicos. Desta forma, deve-se sempre priorizar o princípio da supremacia do interesse público, que neste sentido, repudia qualquer ato que seja em benefício próprio de um agente público. Assim, entende-se que o *compliance* está presente veemente na Lei 14.133/2021 para que possa obter uma segurança jurídica na realização destes procedimentos.

Não implementar o *compliance* na administração pública municipal, inclusive em âmbitos licitatórios e contratuais, é oferecer espaços para que esses procedimentos sejam tomados de vícios corruptores, assim como ocorreu na operação Lava Jato, onde a Lei não exigia com tanto rigor o programa de integridade e resultou em um prejuízo enorme para a administração. Desta maneira, é possível que casos como esse tenham refletido consideravelmente no período de legislar sobre o tema.

Em suma, o presente artigo buscou mostrar a exigência do *compliance* em âmbitos da administração pública municipal, em específico nas searas licitatórias e contratuais, utilizado como um método de reforçar os princípios apresentados no art. 4º da Lei 14.133/21, neste sentido, o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Luiz Fernando. **Novos mecanismos de prevenção à corrupção em licitações públicas**. Recife, p. 1 a 217, setembro, 2022. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4080/1/arquivo4973\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4080/1/arquivo4973_1.pdf). Acesso em: 30/06/2024.

BLUMENAU. **Controladoria Geral do Município: Compliance CGM**. Disponível em: <https://www.blumenau.sc.gov.br/governo/controladoria/pagina/compliance-cgm>. Acesso em: 23/08/2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30/06/2024.



BRASIL. **Decreto nº 15.083, de 23 de janeiro de 2024.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sc/b/blumenau/decreto/2024/1509/15083/decreto-n-15083-2024-institui-as-atividades-e-procedimentos-relacionados-ao-programa-de-integridade-e-compliance-no-municipio-de-blumenau?q=decreto+15083+2024>. Acesso em: 23/08/2024.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 dez. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm). Acesso em: 22/07/2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.** Diário Oficial da União: Brasília, DF, 2 jun. 1992. Acesso em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 22/07/2024.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 26/07/2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. **Institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 22/07/2024.

BRASIL. Lei nº 1.769, de 25 de novembro de 2021. **Dispõe sobre a criação do programa de integridade e compliance na administração pública municipal e adota outras providências.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/g/guabiruba/lei-ordinaria/2021/177/1769/lei-ordinaria-n-1769-2021-dispoe-sobre-a-criacao-do-programa-de-integridade-e-compliance-na-administracao-publica-municipal-e-adota-outras-providencias>. Acesso em: 28/07/2024.

CIOCCARI, Deysi. **Operação Lava Jato: escândalo, agendamento e enquadramento.** Revista Aterjor, São Paulo, v. 2, p. 18, jun./dez. 2015.

COSTA, Calebe. **Operação Lava Jato e a violação de princípios constitucionais.** Minas Gerais, p. 1 a 65, março, 2022. Disponível em: [https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/34802?locale=pt\\_BR](https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/34802?locale=pt_BR) Acesso em: 19/06/2024.

CPMJ, Revista Científica. **Reestruturação de Programas de Integridade: Caso Petrobras.** Bárbara Manhães Resende da Silva. Rio de Janeiro: Vol. 2, N.05, 2022.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Compliance no Direito Administrativo.** V. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 36. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública.** Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2015.

GABARDO, Emerson; ZOCKUN, Maurício. **O direito administrativo do pós-crise.** Curitiba: Íthala, 2021.

GIOVANINI, Wagner. (2014). **Compliance - A Excelência na Prática.** São Paulo: Compliance Total.



**GOVERNANÇA CORPORATIVA:** diretrizes para atuação ética e competitiva. Petrobras. Disponível em: [https://petrobras.com.br/sustentabilidade/governanca-corporativa/gad\\_source=1&gclid=Cj0KCQjw9vqyBhCKARIsAllcLMG9E9Wh-XOI0j6PyaxknnZLxYZYYD2ogbQRQqMWezV38fnFhyoozi0aAiDKEALw\\_wcB](https://petrobras.com.br/sustentabilidade/governanca-corporativa/gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw9vqyBhCKARIsAllcLMG9E9Wh-XOI0j6PyaxknnZLxYZYYD2ogbQRQqMWezV38fnFhyoozi0aAiDKEALw_wcB). Acesso em: 19/05/2024.

HENRIQUES, Fátima Vieira. **Estratégias de prevenção à corrupção nas licitações e contratações públicas.** p. 1 a 714, 2022. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/61323/1/scnd\\_td\\_F%c3%a1tima\\_Vieira.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/61323/1/scnd_td_F%c3%a1tima_Vieira.pdf).

JUNIOR, José Calasans. **Manual de licitação.** São Paulo: Atlas, 2021.

LIEBL, Helena; TOMAZ, Roberto Epifanio. **A Aplicação do Compliance na Administração Pública Como Meio de Reprimir Crimes nas Licitações.** Revista SINTESE Direito Empresarial, São Paulo, nº 57, p. 42, Jul./Ago. 2017.

MAZZA, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo.** 14. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. **Compliance - Concorrência e combate à corrupção.** 1. São Paulo: Editora Trevisan, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito Administrativo.** 12. São Paulo: Atlas, 2022.

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: Exame sistematizado da Lei 12.846/2013.** São Paulo: Manole Ltda., 2016.

PIMENTA, Raquel de Mattos; **A construção dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção.** 1. São Paulo: Blucher, 2020.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A Nova Lei de Licitações.** São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

SAMPAIO BARROS, B. **A importância do compliance nos municípios brasileiros.** Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, v. 7, n. 13, 2020. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/10>. Acesso em: 23/08/2024.

SIBILLE, Daniel.; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão.**

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo.** 5ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ZANINI, Juliano. **Corrupção administrativa e mecanismos de controle externos.** Santa Catarina, p. 1 a 202, julho, 2014. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/625341060/Processo-de-recrutamento>. Acesso em: 29/07/2024.



## DIREITO DA MODA NA ERA DA MODERNIDADE LÍQUIDA: UM ESTUDO DAS IMPLICAÇÕES DO PLÁGIO E DA FALSIFICAÇÃO NA INDÚSTRIA DA MODA

Letícia Karoline de Oliveira<sup>1</sup>  
Luiza Loraine Gonçalves Delfino<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda a legislação aplicável ao *Fashion Law* e casos concretos de violações, relacionadas à propriedade de obras e criações na indústria da moda, com ênfase nas implicações do plágio e da falsificação. A análise tem como objetivo fazer um comparativo entre as transgressões legais e as repercussões práticas no âmbito empresarial, levando em consideração as marcas enquanto negócio e enquadrando o cenário na sociedade contemporânea, caracterizada pela modernidade líquida. Impulsionado, sobretudo, pela busca por novidades, emerge uma discussão crucial sobre a segurança da propriedade autoral dos produtos originados nesse setor em constante mutação. Em uma sociedade movida pelo consumo desenfreado, a indústria da moda, marcada pela sua sazonalidade, suas atualizações contínuas e a insaciabilidade do mercado, apresenta um potencial de crescimento exponencial, mesmo diante dos desafios apresentados por plágio, falsificação, pirataria, contrafação e concorrência desleal.

**Palavras-chave:** Direito da Moda. Propriedade Industrial. Direito Autoral. Consumo.

**Abstract:** This article discusses the legislation applicable to Fashion Law and concrete cases of violations related to the ownership of works and inventions in the fashion industry, with an emphasis on the implications of plagiarism and counterfeiting. The analysis aims to make a comparison between legal transgressions and the practical repercussions in the business sphere, taking into account brands as a business and framing the scenario in contemporary society, characterized by liquid modernity. Driven above all by the search for novelty, a crucial discussion is emerging about the security of copyright in products originating in this ever-changing sector. In a society driven by unbridled consumption, the fashion industry, marked by its seasonality, its continuous updates and the insatiability of the market, has exponential growth potential, even in the face of the challenges presented by plagiarism, counterfeiting, piracy, counterfeiting and unfair competition.

**Keywords:** Fashion Law. Industrial Property. Copyright. Consumption.

### INTRODUÇÃO

Construir o valor de uma marca é um processo contínuo de aprimoramento, atrelado à consistência e valores, os quais solidificam a sua capacidade perante o mundo, gerando reconhecimento e, principalmente, desejo. Na atual era do consumo, prender o desejo do consumidor é o desafio de qualquer empresa que busca monetização de seus produtos ou serviços (Bauman, 2008).

Zygmunt Bauman (2021, p. 150), em sua obra "Modernidade Líquida", discute a contemporaneidade como uma era de instantaneidade, na qual as ações precisam ocorrer no exato momento em que as pessoas desejam, a fim de evitar a perda de interesse do consumidor, uma vez que os produtos são concebidos com intuito de proporcionar satisfação imediata na modernidade atual. Nesse cenário, a sedução intensa exercida pelos produtos sobre os consumidores, impulsionada pela urgência em satisfazer desejos imediatos (Bauman, 2021), torna-se uma ferramenta essencial para as marcas assegurarem que os consumidores escolham seus produtos. Essa sedução é habilmente utilizada pelas marcas, aqui concebidas como pessoas jurídicas que exercem uma atividade empresarial relacionada à indústria da moda, que recorrem a estratégias de

1. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina - Unidade Joinville. E-mail: lleticia.ka@gmail.com.

2. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina - Unidade Joinville. E-mail: luizadelfino.adv@gmail.com.



propaganda e construção de reputação para garantir que os consumidores consumam seus produtos (Ferreira, 2022).

Entretanto, essa demanda por produtos colide com a sazonalidade da moda, que constantemente busca inovações para manter o consumo. Se, por um lado, a moda traz essa tendência de lançamento contínuo de novas coleções e produtos ao longo do ano, por outro, a originalidade na criação de um produto torna-se um desafio devido ao excesso de informações e ideias já criadas, sendo esta uma problemática que aumentou drasticamente devido ao *fast fashion* (Ferreira, 2022).

No mundo da moda, existe um conflito entre exclusividade e inovação, fatores exigidos das marcas para garantir o valor associado ao nome. A pressão por novidades muitas vezes leva as marcas a recorrerem a fórmulas já estabelecidas e a replicarem designs de outros empreendedores, quando podem levar à imitação e à falta de reconhecimento, amplificando práticas ilegais como o plágio, falsificação e pirataria. (Ferreira, 2022).

Além disso, o ritmo acelerado de produção e descarte de peças contribui para a falta de originalidade, já que as tendências e os estilos mudam constantemente, impulsionados pelo consumismo e pela busca pela satisfação do “novo” (Fagundes, 2022). Ideia conceituada pelo filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman, em que as pessoas não conseguem ficar paradas por conta da impossibilidade de atingir a satisfação. Em suas palavras “[...] a consumação está sempre no futuro, e os objetivos perdem sua atração e potencial de satisfação no momento de sua realização, se não antes.” (Bauman, 2022, p. 30)

Essa busca constante por “estar na moda” pode gerar efeitos significativos na forma como ela é consumida, a relação com a imagem pessoal e a maneira que é tratada, a ansiedade social resultante disso, uma vez que a sociedade se encontra em uma era de excessos de informações, consoante a teoria da liquidez de Bauman, onde pontua, esse equilíbrio entre a conformidade e a tensão com as normas sociais em constante evolução. Nesse contexto, aqueles que conseguem inovar mais rapidamente detêm o poder em detrimento daqueles que ficam parados, isso ocorre devido às inúmeras possibilidades de consumo e ao constante lançamento de novos produtos, o que mantém a disponibilidade de escolhas inesgotável, perpetuando assim um ciclo contínuo de compras (Bauman, 2021).

No Brasil, onde o *Fashion Law* vem se consolidando como um ramo do direito, é possível encontrar disposições relevantes para a proteção da moda na lei de propriedade industrial (Lei 9.279/1996) e na lei de direitos autorais (Lei 9.610/1998), e aos poucos na jurisprudência. O desafio está na velocidade e inovação da área, obrigando o jurista a ponderar na criação e na aplicação do direito acerca da liquidez do universo da moda, com sua rápida mudança de tendências e ciclos de produção. À medida que a indústria da moda no Brasil continua a crescer e com maiores casos de marcas brasileiras plagiadas, é evidente a maior demanda por pesquisas sobre esse assunto.

O objetivo primordial deste artigo é analisar as ramificações dos atos de plágio e falsificação sob a perspectiva da sociedade líquida atual, marcada por sua fluidez, incerteza e mutação constante, como enfatizado por Bauman em suas obras. Esta análise será conduzida com cuidado ao exame das leis e as suas aplicabilidades sociais.



## 1. FASHION LAW E PROPRIEDADE INTELECTUAL

O direito da moda, difundido pelo seu termo em inglês “*Fashion Law*”, é um ramo do direito cujo objetivo é tratar sobre toda a área jurídica que envolve a indústria da moda, em suas mais diversas ramificações (Fagundes, 2022). A moda aqui tratada vai desde roupas, sapatos, bolsas, joias, cosméticos e acessórios, passando por todas as fases da indústria, partindo da fabricação da matéria-prima, produção das peças, vendas, contratos, marketing, consumo e pós-consumo (Ferreira, 2022).

Nesse contexto da cadeia produtiva, diversas áreas do direito desempenham um papel crucial. Isso inclui o direito trabalhista e constitucional, que abrange desde a preservação da dignidade da pessoa humana até as complexidades das relações de trabalho (Mariot, 2020). Além disso, são relevantes as questões relacionadas à tributação dos produtos, aos contratos civis negociais, tanto no âmbito das vendas como da divulgação, e, por fim, nas questões pertinentes ao direito de propriedade (propriedade intelectual) sobre o que é produzido dentro da indústria da moda (Mariot, 2020).

A legislação brasileira, até o momento, não possui um regulamento específico sobre o direito da moda e todo o contexto compreendido nesse ramo, com um código próprio ou uma lei da moda, por exemplo. No entanto, existem algumas normas que têm caráter suficiente para serem aplicadas de maneira análoga. À vista disso, partindo da proteção de itens com caráter artístico, somado à originalidade e anterioridade (Stochiero, 2020), usa-se a Lei dos Direitos Autorais (lei nº 9.610/1998) e a Lei de Propriedade Industrial (lei nº 9.279/1996), para tratar sobre o *Fashion Law*.

A propriedade intelectual vem para tutelar as demandas com objetivo de “[...] evitar o enriquecimento sem causa, a usurpação do trabalho alheio e também promover o estímulo ao desenvolvimento de novas criações” (Bezerra, 2023, p. 4). Em paralelo à contribuição cultural e à repercussão econômica, em suma, a propriedade intelectual visa assegurar ao criador os frutos da sua criação (Bezerra, 2023). Matheus Ferreira Bezerra, em sua obra “Manual de Propriedade Intelectual”, embora caracterize de forma ampla como “criações humanas”, divide o objetivo da propriedade intelectual em dois, sejam elas: as “criações de espírito”, tuteladas pelo direito autoral, e às “criações industriais”, protegidas pela propriedade industrial.

### 1.1. Direito Autoral

Inserido na propriedade intelectual, o direito autoral está ligado ao fruto da atividade criadora, denominada como “obra”, direcionada ao desenvolvimento de uma produção original do autor, podendo-se entender como “criações de espírito” (Bezerra, 2023). Portanto, o direito autoral é utilizado para proteger o atributo identitário da obra, sem haver efetividade de proteção em projetos, sua estrutura técnica ou planejamento (Fakhouri; Moreira, 2018).

[talvez fosse importante inserir algumas palavras sobre a originalidade, principal requisito para a proteção por direito autoral. Este conceito é essencial para a discussão do plágio e eventuais infrações no direito da moda].

No direito brasileiro, diferente de outras legislações internacionais, além da justa natureza de propriedade (bem material) conferido às criações dos autores (Campi, 2020), a lei propõe o afastamento da caracterização da obra como bem estritamente econômico, para proteger os direitos à personalidade e os aspectos morais, peculiares ao direito autoral (Bezerra, 2023).



A proteção jurídica aplicada na jurisprudência brasileira, quanto aos direitos do autor no *Fashion Law*, encontra alicerce no artigo 7º da Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais), em especial nos incisos VIII e IX. Embora não esteja evidente no texto normativo a proteção das peças produzidas na indústria da moda, o rol trazido pelo artigo 7º da LDA é exemplificativo, ou seja, não o convém exaurir todas as hipóteses de proteção, pois, para satisfazer o direito a proteção legal seria suficiente se comprovada que a criação intelectual artística, literária ou científica tenha originalidade, mesmo que relativa (Chinellato, 2015). Os direitos morais e patrimoniais sobre as peças pertencem ao autor, conforme artigo 22 e 29, inciso I, da Lei dos Direitos Autorais, sem que seja necessário obrigatoriamente o registro, consoante o artigo 18 do mesmo diploma legal.

## 1.2. Propriedade Industrial

Direcionada ao desenvolvimento tecnológico e empresarial, a proteção das “criações industriais” ou mais especificamente as invenções, é uma das criações protegidas pela de propriedade industrial (Bezerra, 2023). Bezerra sustenta o entendimento de que as criações inventivas são objetivamente meios de obtenção de lucro e geração de riqueza para a sociedade, divergindo do direito autoral pela não exigência da base artística, científica ou literária. Desse ponto de vista do autor, a comparação revela que, assim como há proteção legal para o autor em relação à obra, há proteção para o inventor em relação à invenção.

Ao contrário do requisito de originalidade no direito autoral, a propriedade industrial requer a presença de novidade. Em outras palavras, não basta ser novo apenas para o criador (como no direito autoral), mas sim, deve ser novo para toda a coletividade (Campi, 2020).

Um dos ramos da propriedade industrial corresponde à marca, prevista no artigo 122 da Lei de Propriedade Industrial. Reconhecida como sinal distintivo visualmente perceptível, distinguindo produtos e/ou serviços profissionais do mesmo gênero e atividade, considerado como um mecanismo eficaz de construção de clientela e orientação do consumidor acerca da qualidade, origem e propósitos empresariais (Bezerra, 2023). Marca é um instrumento de relevante importância social, em consonância ao disposto no Recurso Especial nº 1.232.658/SP, que reafirma a proteção da marca como forma de salvaguardar interesses da sociedade, pois “auxilia na melhor aferição da origem do produto e/ou serviço” (Brasil, 2012).

Em contrapartida à análise feita até aqui, existe uma vertente de pesquisa que atribui ao desenho industrial a competência para proteger os produtos oriundos da moda, ainda assim levando em conta os aspectos da originalidade e novidade, somados à aplicação industrial (Oliveira, 2020). Diferente da patente que protege a funcionalidade, o desenho industrial protege a aparência, porém é essencial configurar uma criação propriamente industrial e não estritamente artística, conforme artigo 98 da lei nº 9.279/1996, já que o caráter artístico se enquadraria na proteção conferida pelo direito autoral (Bezerra, 2023), anteriormente explorada no presente trabalho. Qualifica-se o desenho industrial no artigo 95 da Lei de Propriedade Industrial:

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial. (Brasil, 1996).



Com base nesse panorama, tal vertente defende a melhor proteção aplicada à moda pelo registro do desenho industrial do que pelos demais institutos da propriedade intelectual, seja o direito autoral, a patente, a marca ou a indicação geográfica:

Isso significa que, não é necessário que seja completamente inovador (como a patente), nem que seja de uma região específica (como a indicação geográfica), nem que obrigatoriamente se remeta a marca empresarial (como a marca) ou que seja considerada uma obra artística (como o direito autoral). (Oliveira, 2020, p. 48)

Diferente da proteção conferida ao direito autoral, no que tange ao desenho industrial, é exigido que seja realizado previamente o registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para ser constituída a titularidade e sejam assegurados os direitos como proprietário, conforme entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APROPRIAÇÃO DE DESENHOS INDUSTRIAIS. TRADE DRESS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. TESE DE QUE A MODELAGEM E OS DEMAIS ELEMENTOS DAS CONFECÇÕES TÊXTEIS DA AUTORA FORAM COPIADAS PELA RÉ NO INTUITO DE REALIZAR APROVEITAMENTO PARASITÁRIO. INOCORRÊNCIA. AUTORA QUE NÃO POSSUI REGISTROS DO DESENHO INDUSTRIAL DAS PEÇAS NEM EXCLUSIVIDADE COMERCIAL. DESIGN NÃO ORIGINAL OU INOVADOR. OUTRA MARCA QUE JÁ FABRICAVA CAMISAS NESSES MOLDES COM REGISTRO ANTECEDENTE. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PROVA DE APROPRIAÇÃO DO TRADE DRESS. PERÍCIA IMPRESCINDÍVEL. INFORMATIVO N. 612 DO STJ. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO, VERBA JÁ FIXADA EM 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000816-27.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Newton Varella Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 12-03-2019). (Brasil, 2019).

Em síntese, é possível observar a proteção efetiva dos direitos na indústria da moda por meio da propriedade intelectual, subdividido em direitos autorais e propriedade industrial. Isso implica na necessidade de analisar cuidadosamente as possíveis violações desses direitos.

## 2. VIOLAÇÕES DENTRO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Fruto do cenário exposto, o debate trazido pelo *Fashion Law* é importante para a proteção dos interesses dos criadores de moda e consumidores, contra plágios, falsificações e concorrência desleal, que afetam não apenas a integridade da criação original, mas tem o potencial de afetar o valor e a reputação da marca, fazendo com que recorram ao direito para ter a proteção, seja em estampas, designs de logotipos ou até mesmo por listras (Fashion, 2023). Isto significa que as violações aqui descritas dizem respeito a um “processo de apropriação humana pelo objeto (industrial) de sua criatividade” (Bezerra, 2023, p. 159).

A falsificação consiste em uma cópia exata do produto de determinada marca, fabricada e vendida por terceiros de má-fé, com qualidade substancialmente inferior à original e sem garantia (Stochiero, 2020). Não existe falsificação de falsificação, para tanto, é primordial que o bem preexistente seja dotado de anterioridade e originalidade (Stochiero, 2020). Falsificar um item, seja ele uma peça de roupa ou tão somente uma



estampa, é caracteristicamente mais grotesco, isto é, inegável a olho nu de uma pessoa comum que não entende nada sobre o assunto. Prejuízos imensos são causados ao mundo da moda, nacional e internacionalmente, em consequência da comercialização de produtos falsificados (Plácido, 2015). A partir deste conceito surgem outros institutos, como a pirataria e o contrabando, por exemplo, colocando em pauta o paradoxo acerca do consumo, onde a discussão sobre produtos falsificados vai além da ilegalidade, chegando ao risco à saúde (Stochiero, 2020).

Em contrapartida, plágio é uma forma de imitar a criação de um terceiro, não dando os devidos créditos, roubando a originalidade da obra. Ou seja, mesmo que não esteja expresso especificamente no código penal ou na legislação específica o termo “plágio”, a violação dos direitos de quem possui a autoria da criação é juridicamente denominada de plágio, apesar de ser disseminada como cópia (Stochiero, 2020). Seja uma cópia integral ou parcial, modificações ou apropriações de elementos, o plágio “é o ato de oferecer e apresentar como própria, em sua totalidade ou em parte, a obra de outra pessoa, em uma forma ou contexto mais ou menos alterado” (Pontes Neto, 2008, p. 133). A proteção legal do autor contra o plágio encontra respaldo no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal de 1988, além da sanção estabelecida pelo artigo 184 do Código Penal Brasileiro.

Um termo muito encontrado em pesquisas é a contrafação, prevista no art. 5º, VII da Lei de Direitos Autorais, no qual envolve a reprodução ilegal, ou seja, não autorizada, de um produto, podendo ser uma réplica vendida a um alto valor e bastante semelhante ao original. Na contrafação existe uma notável semelhança entre o produto contrafeito e o original, vendido a preços elevados com intuito claro de enganar os consumidores, diferentemente da falsificação e da cópia, já que a falsificação se refere a uma cópia barata que imita ou faz adulterações do produto assumindo uma qualidade inferior (Fagundes, 2022) e na cópia o autor assume obra de autoria de terceiro como sua (Campi, 2020). Lidar e combater a contrafação tem ligação direta com a preservação da imagem e integridade das marcas.

Popular e jurisprudencialmente, a contrafação é associada ao termo “pirataria”, no que se refere à reprodução não autorizada de obras autorais com fins econômicos, senão vejamos:

Seguindo como ponto de partida o conceito adotado pela jurisprudência brasileira no que tange a contrafação, esta pode ocorrer de modo a copiar o item como um todo ou então apenas parte dele e, sua caracterização é atribuída ao conceito popular de pirataria pois ela toma para si não apenas o design, mas também o valor intrínseco representado pela marca, carregando para si não somente a infração estética, mas de tudo que a marca representa.

Sendo assim, os atos de contrafação podem aparecer em três diferentes modalidades: reprodução da marca, imitação da marca ou utilização/usurpação da marca na composição de determinadas denominações. (Stochiero, 2020, p. 45)

Existe um desafio em qualificar os casos de *Fashion Law* ao enfrentar o dilema da distinção entre cópia e inspiração. O limite entre ambos os fenômenos é extremamente sutil, necessitando uma análise minuciosa. Basicamente, para considerar uma obra inspirada em outra e não copiada, precisam ser atribuídos créditos ou referências ao produto original, mesmo que indiretamente (Campi, 2020).

Dentro deste cenário de confronto entre inspiração e imitação, surgem conceitos adicionais, como: a tendência, o “*trade dress*” e os produtos denominados como “*inspired*”. A tendência refere-se a um estilo amplamente adotado em um contexto



específico, enquanto o "*trade dress*" engloba a configuração individualizada de uma marca que a identifica, mesmo na ausência de seu logotipo ou marca registrada. Os produtos "*inspired*", por sua vez, preservam a estrutura original, mas incorporam elementos distintivos (Cardoso, 2016).

No que se entende por concorrência desleal, prevista no artigo 195 da Lei nº 9.279/1996, consiste em práticas comerciais antiéticas, em suas mais diversas formas, configurando uma problemática insistente frente à defesa da concorrência (Stochiero, 2020). A sua forma mais comum ocorre quando a atitude é realizada com intenção de confundir o consumidor, para obter vantagem, conforme previsto no art. 195, inciso III, da Lei de Propriedade Industrial<sup>3</sup>.

A prática desses atos na indústria da moda está sujeita a consequências jurídicas no Brasil, incluindo obrigação de não fazer, apreensão dos produtos, obrigação de compensar financeiramente os danos causados às marcas prejudicadas, conforme o artigo 927 do Código Civil Brasileiro. Essas medidas de reparação abrangem a recuperação de lucros perdidos devido à competição desleal e a reparação de danos à reputação da marca, também fundamentadas no artigo 209 da Lei de Propriedade Industrial.

A legislação de direitos autorais, conforme o artigo 102 da lei nº 9.610/1998, assegura ao titular prejudicado pela falsificação e reprodução não autorizada o direito de solicitar a apreensão dos produtos ou a suspensão de sua divulgação, sem prejuízo da indenização cabível. Todavia, o infrator pode ser obrigado a indenizar pelo valor das unidades vendidas, sendo em casos mais graves estabelecido as condições para os produtos que violem os direitos autorais, como os produtos piratas, possam ser apreendidos e destruídos em uma decisão judicial condenatória, conforme o artigo 106 da Lei de Direitos Autorais.

Dada a compreensão da legislação apresentada, considerando as divergências de entendimento, é pertinente examinar exemplos concretos que ganharam notoriedade tanto no âmbito nacional quanto internacionalmente.

### 2.1. Casos concretos envolvendo a violação da propriedade intelectual

Ao explorar exemplos concretos, nacionais e internacionais, é possível oferecer uma perspectiva contextualizada das complexidades enfrentadas pelos detentores de propriedade intelectual e pelas entidades reguladoras, ilustrando os desafios jurídicos e éticos envolvidos, mas criando um referencial a ser usado como parâmetro para situações futuras.

Um caso internacional emblemático de discussão sobre plágio ocorreu em julho de 2021, após o desfile de moda masculina primavera/verão do ano, onde a Dolce & Gabbana foi acusada de plagiar o design típico da empresa de cerâmicas Sargadelos (Estevão, 2021). A empresa alega que a D&G utilizou nas estampas de roupas e acessórios os padrões característicos de seus produtos, os quais são sua marca registrada. A preocupação da empresa espanhola Sargadelos não é com a inspiração, mas sim com a cópia escancarada de seus padrões de design (considerados como símbolo de reconhecimento da empresa), sem o devido reconhecimento (Estevão, 2021).

Outro exemplo internacional sobre o tema ocorreu com a Nike, também em 2021, processando personalizadores de seus produtos, como a Drip Creationz (Santos, 2021), justificando estarem falsificando e violando a sua marca registrada. Segundo a Nike, a

3. Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...]

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;



Drip Creationz estaria modificando o logotipo e os próprios tênis, tornando-os de baixa qualidade e induzindo o consumidor a erro, levando a crer serem customizações produzidas pela Nike, mesmo que indiretamente. Segundo eles, as adulterações nos produtos podem gerar dano ao fabricante, por estarem fora dos padrões da empresa e sem o controle de qualidade interno (Santos, 2021).

Ao analisar o que vem ocorrendo no Brasil, marcas nacionais também estão sofrendo do mesmo gênero de violações, alguns cometidos por grandes empresas internacionais e outros levantando discussões acerca da permissão de uso de bens protegidos pelo direito. Dois casos emblemáticos sobre plágio e falsificação, que marcaram o cenário nacional, foram: o grafismo dos povos do Xingu em sandálias Havaianas e a cópia da “Bolsa Birkin”.

A discussão acerca dos direitos autorais dos indígenas veio à tona quando a Alpargatas lançou a sua coleção “Tribos” em 2014, com havaianas que continham grafismos dos povos indígenas do Alto Xingu (Novaes, 2015). Os padrões são característicos de diversas etnias, sendo assim considerado juridicamente como um direito coletivo, porém o índio Anuiá Yawalapiti (representante da etnia que leva o seu nome) cedeu os direitos de reprodução das ilustrações, por crer tratar-se de desenhos autorais e leigo quanto aos direitos autorais das etnias envolvidos nessa relação contratual. A repercussão na época envolvia os direitos de propriedade intelectual dos povos indígenas e a validade do contrato do índio Yawalapiti, devido à falta de ciência e autorização dos demais povos (Novaes, 2015).

Em 2010, a empresa brasileira Village 284 lançou sua nova coleção de produtos denominada “*I’m not the original*” (“Eu não sou o original”, em português), em que copiava a bolsa “Birkin” da grife francesa Hermès Internacional. A rede de *Fast Fashion* Village 284, alega que o intuito da coleção era fazer uma homenagem à grife francesa, presumindo não estar ferindo direitos autorais, pois, aliado ao pretexto da larga escala de produção da bolsa pela Hermés, deixou claro no próprio nome da coleção que não se tratava de um produto original (Brasil, 2010). Não obstante, em sentença de primeiro grau mantida em grau de recurso, o juízo confirmou o valor artístico atribuído à bolsa, com consequente aplicação dos direitos autorais (Brasil, 2010). Apesar do nome sugestivo da coleção, do material divergente utilizado na produção das peças e da falta de intenção de enganar o consumidor, a marca nacional realizou a imitação servil de uma obra protegida pelo direito autoral e ficou configurada a concorrência desleal (Brasil, 2016).

Tanto a lei quanto a jurisprudência estão em defesa dos direitos do autor, garantindo a interrupção da circulação de mercadorias copiadas ou falsificadas, bem como a entrega aos detentores dos direitos de tudo o que for apreendido. Essas disposições legais foram aplicadas no caso da imitação da bolsa Birkin, já mencionada anteriormente, resultando na apreensão de todo o estoque de bolsas produzidas pela Village 284.

Como ilustrado no caso da cópia da famosa bolsa Birkin, o debate em torno dos limites entre produtos “*inspired*” e imitações é um tema complexo no mundo da moda e da propriedade intelectual. A linha divisória muitas vezes se baseia na diferença entre reinterpretar uma ideia de design e reproduzir uma criação para enganar os consumidores, fazendo-os acreditar que estão comprando o produto original. No entanto, é importante destacar que, mesmo quando não há a intenção de enganar o consumidor, como no caso da Village 284, a prática da concorrência desleal por meio do proveito sobre o prestígio social da Hermés e da própria bolsa Birkin foi utilizada para promover a coleção, conforme reconhecido pelo magistrado.



Além desses casos simbólicos para a jurisprudência, alvos de ampla repercussão, outros mais são relevantes trazer para debate. As sócias proprietárias da marca nacional “Jouer Couture”, demandaram contra a famosa Shein, em decorrência de falsificação de uma de suas estampas (Reif, 2022). A estampa já estava em processo de registro no INPI pela Jouer Couture, como uma marca nominativa (de propriedade de Mondrian Confecções), quando a plataforma de e-commerce começou a vender camisetas com a mesma estampa por cerca de 14% do preço vendido pela marca brasileira, valor que não corresponde nem ao preço de custo da empresa (Reif, 2022). Eis novamente um caso que demonstra o dilema entre o plágio e a inspiração, a importância do registro de marcas, patentes e desenho industrial, no campo da propriedade intelectual, além da diferença do poder de um grande e-commerce contra uma marca nacional.

No Brasil, um caso análogo aconteceu com o artista João Incerti, produtor de estamparias, reconhecido pelos seus padrões multicoloridos com florais e animais selvagens. O artista de fato atuava com a comercialização das suas criações por meio de contratos, porém em 2022, alega ter sido vítima de plágio pela marca norte-americana Meg, que teria copiado uma de suas estampas denominada “Cachos de Tucano” (Estevão, 2021).

Jouer Couture e João Incerti foram episódios em que houve a denúncia e/ou a tentativa de solução extrajudicialmente, mas o caso da Lollita contra Confecções Esmeralda, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ocorreu a condenação judicial por plágio, gerando responsabilidade civil e danos morais (Brasil, 2020). No caso em tela, a marca Lollita, consolidada no ramo de luxo, entrou com as devidas medidas judiciais após ter suas peças copiadas pela empresa Confecções Esmeralda, obtendo a obrigação de não fazer da requerida, sob pena de multa diária, e o pagamento de indenização por danos materiais. Por meio de perícia produzida durante o processo judicial, ficou comprovada a semelhança clara entre os produtos, decidindo o tribunal pelo reconhecimento do crime de contrafação das criações da autora, a prática de concorrência desleal e o enriquecimento sem causa, visto que a requerida se aproveitou do sucesso da marca vitimada quando induziu o consumidor a erro.

APELAÇÃO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. Contrafação de modelos de roupas. Ocorrência. Laudo pericial, produzido em ação de produção antecipada de provas, confirmou o plágio do design das criações da requerente. Conduta da requerida excedeu os limites de referenciamento. Prática abusiva. Inteligência dos incisos V e VI do art. 195 da LPI. Obtenção de vantagens comerciais indevidas. Design das roupas não registrado perante o INPI. Possibilidade de tutela, contudo, através dos expedientes destinados a coibir a concorrência desleal. Replicação das peças de vestuário. Potencial confusão ao público consumidor. Responsabilidade civil configurada. Inteligência dos arts. 927 /CC e 209 /LPI. Danos morais in re ipsa. Precedentes. Sentença de parcial procedência mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AC: XXXXX20198260100 SP XXXXX-93.2019.8.26.0100, Relator: AZUMA NISHI, Data de Julgamento: 02/06/2021, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 02/06/2021)

No caso envolvendo as marcas Esmeralda e Lollita, o tribunal reconheceu práticas de contrafação e concorrência desleal, decidindo a favor da marca Lollita. Confecções Esmeralda foi condenada a pagar uma indenização por danos materiais à marca e recebeu a ordem de interromper imediatamente a produção e venda de produtos que infringissem os direitos de Lollita, sujeita a uma multa diária em caso de não cumprimento.



Conforme fundamentado na decisão, torna-se claro que a conduta da parte ré (Esmeralda) violou os incisos V e VI do artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial. Sendo destacado pela perícia na análise das peças, deixando evidente a intenção da marca Esmeralda em obter vantagens comerciais à custa da atividade inventiva da marca Lolita. Essa conduta é respaldada pela notável semelhança dos produtos em questão, ficando claro que não se trata de uma atividade de criação independente, mas sim de uma cópia deliberada do design das peças.

Ainda que a clientela de ambas as marcas seja distinta, não ocorrendo o desvio de clientes, a ação configura apropriação da criação da autora. É importante destacar que a ausência de desvio de clientes não implica em ausência de proteção jurídica contra atos ilícitos de concorrência desleal, conforme demonstrado na decisão da relatora Azuma Nishi.

Portanto, mesmo que não tenha ocorrido a violação de desenho industrial ou da marca em si, a ação em questão envolve a apropriação indevida de um design característico da marca com o propósito de associar o produto ao seu respectivo fabricante. Essa circunstância é suficiente para qualificar a lesão aos direitos do titular da marca Lolita. A decisão ressalta que esse tipo de comportamento representa abuso e deve ser reprimido pelo sistema judiciário, visando manter a integridade do livre mercado.

Ante ao exposto, fica evidente a necessidade da preservação dos direitos autorais e industriais, frente ao plágio e à falsificação cada vez mais comuns na sociedade atual, tendo em vista que a busca incessante por pertencimento leva muitos consumidores a adquirirem produtos falsificados para seguir determinadas tendências, enquanto as marcas, ao venderem produtos falsos de qualidade inferior como se fossem genuínos, acabam comprometendo sua própria reputação. Afetando não apenas sua imagem, mas também a confiança dos consumidores.

### **3. DISCUSSÕES SOCIAIS NA SOCIEDADE DO CONSUMO**

A imagem se tornou um fator de importante para o sucesso de uma marca no cenário atual, dentro do contexto empresarial. A forma como uma empresa é percebida pelo público, pelos clientes e parceiros de negócios desempenha um papel crucial na reputação corporativa, sendo este, um fator altamente importante para a competitividade nos negócios. Ou seja, a imagem de uma empresa pode ser afetada pela maneira como ela se comunica, se comporta na comunidade onde atua, pelas notícias que saem na mídia sobre ela e pelo que as pessoas comentam a seu respeito (Ferreira, 2022). Portanto, questões como plágio, falsificação, concorrência desleal e outros citados anteriormente podem prejudicar seriamente a imagem empresarial, demonstrando o impacto significativo desses problemas.

O universo da moda é conhecido por ser instável e influenciado por aspectos sociais do contexto em que se encontra. Ao examinar a moda contemporânea, não como algo fútil ou estritamente luxuoso, mas sim como um direito e um meio de expressão individual e cultural, surge a preocupação com a segurança dos designs vinculados ao prestígio de uma marca. As relações de consumo, principalmente no que tange à moda, mesmo considerando aspectos como a sazonalidade e as constantes renovações, não mais dizem respeito apenas à compra de produtos, e sim à aquisição de um item vinculado a uma marca específica. Essa perspectiva surge em um contexto no qual, de acordo com Matheus Ferreira Bezerra (2023, p. 233), a marca serve como um selo de origem do produto e apresenta-se como sinônimo de qualidade e a invenção é tratada



como “[...] um meio de obtenção de lucros e geração de riqueza na sociedade” (Bezerra, 2023, p. 157)

Não é por acaso que o homem mais rico do mundo em 2023, segundo a Forbes (Peterson, 2023), é Bernard Arnault, magnata francês de artigos de luxo e dono da holding LVMH, proprietária de marcas como Louis Vuitton, Christian Dior e Tiffany & Co. Isso comprova a importância de uma marca de alto valor agregado e o potencial da indústria da moda. Retornando ao topo da lista em 2024, com US\$209 bilhões (Redação Forbes, 2024). Ao liderar a lista de bilionários do mundo, coloca em pauta o crescimento da moda e a sua ressignificação, saindo do aspecto restrito da sazonalidade e futilidade para a exclusividade.

Nesse contexto, quando produtos falsificados entram no mercado com o nome de uma marca respeitável, sua reputação sofre prejuízos significativos, fazendo com que isso abale a maneira como os consumidores enxergam a autenticidade e qualidade do produto (Ferreira, 2022). Regina Ferreira traz que:

[...] como questão passiva de vulneração da reputação corporativa está à pirataria e as falsificações. É possível uma leitura de que a inspiração tem um potencial de endosso à determinada marca e, em alguma medida, acaba por fortalecer a percepção positiva e, portanto, sua reputação como de prestígio. Por outro lado, necessário se faz considerar que as imitações e cópias predatórias acabam por vulgarizar o conceito da marca e depreciar o seu valor sobre o aspecto emocional, de desejo e de experiência; perde-se o peso do exclusivo diferenciado afetando o seu capital reputacional. (2022, p. 122)

Ou seja, a inspiração pode, de certa forma, ser positiva para uma marca, fortalecendo sua imagem de prestígio, como também podem acabar tornando a marca comum, diminuindo sua exclusividade (Ferreira, 2022). E esta exclusividade é justamente a essência da indústria da moda, marcando a fusão entre a necessidade e o desejo. Bauman (2021) destaca a natureza efêmera do prazer na sociedade de consumo, onde a aquisição de um produto rapidamente o transforma de algo desejado para algo comum.

A abundância de ofertas e produtos disponíveis no mercado cria um ciclo interminável de consumo, no qual a sensação de felicidade está temporariamente vinculada à aquisição de algo novo. No entanto, a efemeridade desse sentimento se torna evidente quando o produto se torna apenas mais um na lista crescente de posses, e a busca incessante por novidade aumenta a sensação de que a felicidade está no futuro, sempre fora de alcance (Bauman, 2021).

A moda, objetos de desejo e estilos de vida estão sujeitos a mudanças rápidas, tornando-se obsoletos antes mesmo de serem plenamente apreciados. Bauman (2021, p. 203) demonstra que “[...] todos os objetos de desejo se tornam obsoletos, repugnantes e de mau gosto antes que tenhamos tempo de aproveitá-los. Estilos de vida que são “chiques” hoje serão amanhã alvo do ridículo.”, ou seja, essa dinâmica ressalta a natureza fugaz e transitória das preferências e estilos em uma sociedade marcada pela velocidade das transformações.

Por conseguinte, existe uma lógica em torno dos produtos colocados à venda e a construção dessa dualidade “necessidade/desejo” pelo mercado, seja ele qual for, porém, se aplica de forma sublime à indústria da moda. Bauman (2008, p. 18) divide essa lógica em três regras, vejamos:

Primeira: o destino final de toda mercadoria colocada à venda é ser consumida por compradores. Segundo: os compradores desejam obter mercadorias para



consumo se, e apenas se, consumi-las for algo que prometa satisfazer seus desejos. Terceira: o preço que o potencial consumidor em busca de satisfação está preparado para pagar pelas mercadorias em oferta dependerá da **credibilidade** dessa promessa e da intensidade desses desejos.

Na perspectiva de Bauman (2021, p. 76) sobre a sociedade na modernidade líquida, as pessoas não estão mais restritas a permanecerem em um lugar, obter algum produto ou consumir algo além do tempo que durar sua satisfação. O valor que as pessoas estão dispostas a pagar depende da credibilidade da promessa e da intensidade de seus desejos já que tudo é moldado para consumo imediato, e no mercado de consumo, produtos duráveis possuem um curto tempo de oferta. Se um produto adquirido não atende às expectativas, a satisfação é imediatamente perdida, levando à busca por algo novo que proporcione prazer momentâneo, e que também após adquirido se tornará comum, sendo deixado de lado para iniciar um novo ciclo (Bauman, 2021, p. 205).

Essa mentalidade é reforçada pela ideia de que não há motivo para manter um produto antigo que não proporcione satisfação, quando se pode simplesmente ir à loja adquirir algo novo. Bauman (2021, p. 203) destaca que "Quem sabe o que o amanhã vai trazer? O adiamento da satisfação perdeu o seu fascínio", enfatizando essa busca pela gratificação instantânea e a incessante procura por novas experiências. Diante da ideia do futuro descrita como nebulosa, com as pessoas incertas sobre sua realização, a concepção de adiar a felicidade para um momento futuro perde atratividade, pois, segundo ele, "Qualquer oportunidade que não foi aproveitada aqui e agora é uma oportunidade perdida" (Bauman, 2021, p. 204).

Bauman (2021, p. 158) faz uma análise de uma publicação de Michael Thompson, abordando a distinção entre objetos duráveis e transitórios. Sendo esses objetos duráveis destinados aqueles que estão no topo, caracterizando-se por ter uma qualidade superior, um valor especial e também uma maior durabilidade, não sendo projetados para se deteriorar tão rapidamente. Em contrapartida, os objetos transitórios são direcionados àqueles que não têm condições financeiras, sendo estes objetos frágeis que vão desaparecendo à medida que vão sendo utilizados (Bauman, 2021, p. 159).

Essa diferenciação é influenciada pela ideia de instantaneidade, na qual as coisas têm um período de relevância curto devido à constante introdução de novos produtos no mercado. Esses objetos transitórios perdem o apelo da durabilidade, uma vez que são concebidos para serem utilizados momentaneamente e descartados em um prazo relativamente curto. Essa dinâmica reflete a natureza efêmera e descartável de muitos produtos na sociedade contemporânea. Sendo esses produtos apresentados pelas marcas a todos, seduzindo todos igualmente, porém, apenas aqueles com poder aquisitivo conseguem usufruir facilmente da qualidade dos produtos duráveis, em detrimento daqueles com recursos limitados (Bauman, 2021).

Como uma das mais relevantes consequências da globalização, o consumismo trouxe esse dilema social, onde a necessidade perdeu a sua característica primordial, e acabou sobrepujada pelo desejo insaciável de uma sociedade no qual as relações, as emoções e as experiências são líquidas, sem qualquer garantia de durabilidade, baseadas exclusivamente no consumo (Bauman, 2021). Uma sociedade antes de produtores, regida pelo trabalho, transformou o consumo em seu atributo, como sua principal força propulsora e operativa (Bauman, 2008).

Segundo Bauman (2021, p. 152), quem se move com maior rapidez detém o controle, enquanto aqueles que não conseguem se mover tão rapidamente são compelidos a permanecer em seus lugares, obedecendo às demandas do momento. À



vista desse consumo desenfreado e do desejo somado à necessidade, dentro da moda, resultou em buscas constantes por inovações em um curto período para atrair o público, criando uma abertura de oportunidade de enriquecimento por meio da cópia e da falsificação (Ferreira, 2022).

### 3.1. O plágio e da falsificação frente ao valor das marcas

Sabe-se que a indústria da moda possui um grande valor no Brasil, uma vez que participa de todo o processo de criação, seja na plantação de algodão, nas confecções dos tecidos, nas ideias criadas pelos artesãos, na produção de desfiles e vendas até a chegada das peças no consumidor final (Ferreira, 2022). Segundo os dados da Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT) de 2024, o setor de confecção é o segundo maior empregador na indústria de transformação, perdendo apenas para o setor alimentício. Com o faturamento da cadeia têxtil e de confecção atingindo R\$193,2 bilhões em 2022 contra R\$190 bilhões em 2021 (ABIT, 2024). Esse impacto econômico é inegável, proporcionando empregos e contribuindo para o crescimento financeiro do país.

No entanto, essa relevância econômica vem acompanhada de desafios ambientais e sociais, conforme ressaltado por Regina Ferreira (2022, p.34). A cadeia de produção, desde a poluição ambiental causada pelos resíduos da indústria têxtil até os danos resultantes do descarte inadequado dos produtos, passando pela desvalorização do trabalho dos criadores e a afetação da identidade da marca devido ao plágio e falsificação. Questões sociais, incluindo a individualidade e instantaneidade, destacadas por Bauman (2021), evidenciam os desafios de uma sociedade imersa na modernidade líquida.

Bauman (2021) explora a transformação da sociedade da modernidade sólida para a modernidade líquida, marcada por uma coletividade de "eus" que buscam interesses individuais em contraste com a concepção anterior de colaboração para o bem coletivo (Bauman, 2021, p.85). Isso cria um paradoxo do consumismo, no qual os desafios enfrentados por uma sociedade imersa na fluidez e individualização da modernidade líquida, refletindo a respeito das aspirações individuais de busca por direitos individuais e prosperidade em contraposto da necessidade de cooperação coletiva e bem-estar geral (Bauman, 2021).

A marca, símbolo dessa busca individual, busca do Estado a promoção do seu direito de vender e lucrar, inserindo-se nesse paradoxo, ou seja, ao estabelecer sua marca, é esperado do Estado o direito de seguir seu caminho de maneira pacífica, sem interferências de outras pessoas, em suas palavras:

Qual é o sentido de interesses comuns se não permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? O que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benefícios que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberão como limitação a sua liberdade de buscar o que quer lhes pareça adequado separadamente, e não ajudarão. As únicas duas coisas úteis que se espera e se deseja do "poder público" são que ele observe os "direitos humanos", isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho e que permita que todos façam "em paz" [...] (Bauman, 2021, p. 50)

Introduz-se assim um paradoxo do consumismo no qual a busca individual por direitos e prosperidade muitas vezes contrasta com a ideia de cooperação coletiva e o bem-estar da sociedade como um todo (Bauman, 2021).



Além disso, o ato de consumir qualquer produto proporciona satisfação individual, Bauman (2021) afirma que mesmo ao compartilhar experiências de consumo com outras pessoas, a maneira como cada indivíduo experimenta prazer ao consumir algo é única, sendo esta busca pela satisfação no consumo é uma atividade inerentemente individual.

Segundo Bauman (2021, p.82) “A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha”, esta sensação persiste, pois, mesmo ao obter um produto desejado, seu valor se dissipa rapidamente, tornando-o algo comum, reacendendo o desejo de fazer novas compras, contexto muito representativo do mundo da moda. A oferta e diversidade de produtos são tão vastas que parecem infinitas, sempre abundantes e constantemente renovadas. Esta quantidade de opções disponíveis contribui para uma sensação de inesgotabilidade, alimentando a incessante busca por novidades. As constantes opções e estímulos expõem as pessoas a um desejo contínuo de adquirir, mesmo que, no final, não façam a compra. Esse comportamento é marcado pela sedução dos objetos, pela maneira como são apresentados e pelas estratégias publicitárias utilizadas (Bauman, 2021, p. 94). Para Bauman (2021, p. 95), o ato de consumir torna-se uma questão de escolha, exceto quando se trata da compulsão para escolher. Nesse cenário, a pessoa se vê incapaz de controlar essa compulsão, resultando em uma atividade incessante de compra.

Nesse sentido, é fundamental destacar que essa dinâmica não é exclusiva daqueles com recursos financeiros; ela é apresentada a todos e exerce a mesma atração, independentemente da condição social. A diferença crucial está no poder aquisitivo, o que significa que apenas alguns conseguem realizar seus desejos, causando frustração naqueles que não têm essa capacidade (Bauman, 2021, p. 114).

Numa sociedade sinóptica de viciadas em comprar/assistir, os pobres não podem desviar os olhos; não há mais para onde olhar. Quanto maior a liberdade na tela e quanto mais sedutoras as tentações que mandam das vitrines, e mais profundo o sentido da realidade empobrecida, tanto mais Irresistível se torna o desejo de experimentar, ainda que por um momento fugaz ou Êxtase da Escolha. Quanto mais escolha parecem ter os ricos tanto mais a vida sem escolha parece insuportável para todos (Bauman, 2021, p. 114)

Entretanto, quando envolve consumo de produtos adquiridos ilicitamente, este ato contribui para problemas sociais, que prejudicam a sociedade na totalidade, ao evitar o pagamento de impostos essenciais que ajudam na manutenção de programas coletivos (G1, 2023) como também no financiamento do crime organizado (Ferreira, 2022, p.60). A pirataria, por exemplo, resultou em uma perda significativa para o país em 2022, na quantia de R\$ 345 bilhões (G1, 2023). Da mesma forma, a prática do *fast fashion*, sendo esta uma prática de disponibilizar produtos a preços acessíveis em alta velocidade (Cietta, 2010 *apud* Fagundes, 2022, p. 31), que apesar de atrativa, levanta questões éticas devido ao investimento em condições de trabalho precárias para garantir a prática de baixo custo e com alta demanda (Ferreira, 2022, p.71).

Estas são questões importantes ao adquirir o produto de uma marca. Tendo em vista que fatores como sustentabilidade, ética e postura empresarial estão sendo cada vez mais analisadas no momento da compra pelos consumidores (Ferreira, 2022). Quando uma empresa possui um histórico de produtos falsificados, superexposição e perda do controle de distribuição, acabam por prejudicar a reputação empresarial, que não apenas impacta a qualidade percebida dos produtos, mas também compromete a integridade da marca (Ferreira, 2022, p.122).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, no papel do juiz de execução penal, deve assegurar que a lei seja cumprida. As leis devem ser cumpridas primeiramente pelo Estado, e somente após, aplicá-la respeitando os princípios da adequação e da necessidade sobre a condutada da pessoa que viola uma regra do monitoramento eletrônico. Pessoas monitoradas, diariamente são punidas ilegalmente, seja por imaturidade do sistema de monitoramento eletrônico ou ainda pelo não cumprimento de procedimentos mínimos pelo Estado.

Quando o juiz Jack Love vislumbrou o uso de um equipamento de rastreamento para um pequeno salteador, inspirado nos quadros de Stan Lee (*Spider-Man x King*), certamente não imaginara que, aproximadamente 50 anos depois, ainda estaria sendo discutido como aplicar esse meio de vigilância. É uma ironia da história, um criminoso de uma estória em quadrinhos ser fonte de inspiração para a criação de um bracelete com capacidade para vigiar o inimigo, o Homem-Aranha, para obter vantagem estratégica sobre este. Hoje, certamente teria se arrependido de sua criação, porque a arma, agora estaria sendo utilizada em seu desfavor. Se o Juiz Love se preocupou em não estigmatizar e suprir direitos de pessoas encarceradas, porque ainda suprimos direitos e violamos nossa constituição a cada segundo dentro e fora dos muros das nossas prisões.

Diante da precariedade do sistema prisional, é preciso refletir; é preciso ponderar; é preciso cumprir; é preciso efetivar o direito da pessoa monitorada, a fim de que o monitoramento eletrônico não se torne uma pena, que não torne a pessoa monitorada um objeto com um microchip, a ser rastreado como se fosse um animal que deve ficar confinado em uma área de pastagem ou estábulo. O monitorado continua sendo um ser humano que tem necessidades iguais às das outras pessoas. A prisão não pode retirar da pessoa monitorada sua condição humana.

A monitoração eletrônica de pessoas é mais um recurso para ampliar o controle penal, e a violência institucional. Como lembram Rusche e Kirchheimer, a penologia ao tempo da Alemanha nazista buscou impor severas limitações ao 'sistema de favores' obtidos pelos prisioneiros, algo equivalente ao nosso sistema progressivo de regimes prisionais. Pelo regime nazista foram sendo impostas exigências cada vez maiores para a progressão de regime, evidenciando um descontrole dos poderes discricionários da administração penal, com a retirada das garantias legais inerentes aos direitos subjetivos dos condenados (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 262-263).

Sem a pretensão de estabelecer uma conexão diacrônica com o período nazista, é forçoso reconhecer semelhante tendência no âmbito da execução penal brasileira, notadamente a partir da avaliação crítica dos precedentes dos Tribunais Superiores e locais.

O discurso que prolifera na recente conjuntura da política brasileira, é o discurso da solução da violência com base no recrudescimento das penas e uma atuação mais ostensiva pelas polícias. Recentemente a lei de execução penal sofreu alteração significativa, sob a ótica do retrocesso civilizatório, na opinião dessa autora. A Lei que alterou a LEP, Lei 14.843/2024, também chamada de lei Sargento PM Dias, em homenagem ao agente público morto por um apenado que estava em saída temporária, nos remete a fazer críticas acerca da aplicação prática desta lei. O que se critica é, quantas leis deveriam ser efetivadas para defender a população preta, pobre e periférica da letalidade da polícia? Quantas pessoas são mortas diariamente e sequer são lembradas ou indenizadas pelo mesmo Estado que as mata? Por que a vida de um agente policial gera comoção da sociedade mais abastada, e a vida de pessoas



periféricas não? Como estamos sopesando o valor da vida, e quais vidas importam? A biopolítica Foucaultiana, pode ser percebida dentro da legalidade deste país, que insiste em manter as aparências, e declarar em discursos rasos e odiosos que o problema da violência está sendo resolvido com penas mais rigorosas. O projeto não é de solução da violência, mas de ocultamento da incompetência do Estado para resolver seus problemas estruturais, que remontam à era da escravidão desse povo que ainda é etiquetado, aprisionado e açoitado em praças públicas físicas e virtuais.

## REFERÊNCIAS

ABIT. **Dados gerais do setor (atualizados em fevereiro de 2024)**. 2024. Disponível em: <https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor> . Acesso em: 15 jul. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEZERRA, Matheus Ferreira. **Manual de propriedade intelectual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan. de 2002. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Nº 0187707-59.2010.8.26.0100 nº 1991. Apelante: Village 284 participações e comércio de vestuário Ltda. Apelados HERMES INTERNACIONAL e HERMES SELLIER. Relator: Desembargador Costa Netto. São Paulo, SP, 16 de agosto de 2016. **Diário Oficial da União**. São Paulo, 16 ago. 2016. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9706355&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_20cafd4a7a5d4508aaf2232553ee77aa&g-recaptcha-response=03AFcWeA676AfQSTFL6AWU2RGUwVq9kISv0FkW-dfrl73VRj6krtzPpAzRAtai4IXUHEFav3DLF4PzNYqPWcbpPTBa5cd4Mfg-nPhe\\_m7Ym5wD5GXgliJGtmLSkF5izFPvTHoLocD9WBHDzyBITzEo5k3efXf22KErvAyduHRi39L2mS6y42GXns14TyF-KZYQouccLEtUyhycyPNhiAmEZX5dORTA21vLu9kOTgIQJq-qvFZSdgbKzOiB5BPYFzqRktBXs4b2HeQZ\\_ezR7g0PKX4\\_WEX\\_z77A0ffFrc11Wq\\_QALIH9my2Y9YYY7MJmF2bAN7EmxS2SGJQqWjlQKX1v4Ohx8NNLpFN5Hct-AMUs6MovatHAYRJRRdofplegfs62oc7HyZvdMd0D0OMLjrpa3OxbGbKyZN4KNSK3T9JrQCKmzmfvsz8UNB-xAjpwA60mSOH9xwD-9pEmR1UbLqQ5\\_c9ecG6YsheYQFR-Z7rAQ98s5M-R4iPTrJmLTA5WeUoArVoJlxf0bgl6Pi2u-A8elhh4npG0YtJ3j8wDysxnWymAUKCeDWcqXUEfL1pySp9DnKNp1a\\_J](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9706355&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_20cafd4a7a5d4508aaf2232553ee77aa&g-recaptcha-response=03AFcWeA676AfQSTFL6AWU2RGUwVq9kISv0FkW-dfrl73VRj6krtzPpAzRAtai4IXUHEFav3DLF4PzNYqPWcbpPTBa5cd4Mfg-nPhe_m7Ym5wD5GXgliJGtmLSkF5izFPvTHoLocD9WBHDzyBITzEo5k3efXf22KErvAyduHRi39L2mS6y42GXns14TyF-KZYQouccLEtUyhycyPNhiAmEZX5dORTA21vLu9kOTgIQJq-qvFZSdgbKzOiB5BPYFzqRktBXs4b2HeQZ_ezR7g0PKX4_WEX_z77A0ffFrc11Wq_QALIH9my2Y9YYY7MJmF2bAN7EmxS2SGJQqWjlQKX1v4Ohx8NNLpFN5Hct-AMUs6MovatHAYRJRRdofplegfs62oc7HyZvdMd0D0OMLjrpa3OxbGbKyZN4KNSK3T9JrQCKmzmfvsz8UNB-xAjpwA60mSOH9xwD-9pEmR1UbLqQ5_c9ecG6YsheYQFR-Z7rAQ98s5M-R4iPTrJmLTA5WeUoArVoJlxf0bgl6Pi2u-A8elhh4npG0YtJ3j8wDysxnWymAUKCeDWcqXUEfL1pySp9DnKNp1a_J) . Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença. Requerido: Confecções Esmeral Ltda. Relator: Juíza Renata Moa Maciel. São Paulo, SP, 13 de agosto de 2020. **Diário Oficial da União**. São Paulo, 13 ago. 2020. Disponível em:

[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/267C0640DFD874\\_doc\\_81994091.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/267C0640DFD874_doc_81994091.pdf) .

Acesso em: 15 jul. 2024.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1066278-93.2019.8.26.0100. Relatora: AZUMA NISHI. São Paulo, SP, 02. jun. 2021. Acórdão.

CAMPI, Letícia Carolina. **A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO FASHION LAW: os limites entre a cópia e a inspiração.** 2020. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/29989672-3dd4-415b-9abb-c8bebdbcb9666/content>. Acesso em: 15 jul. 2024.

CARDOSO, Gisele Ghanem. **Direito da moda: uma análise dos produtos inspirados.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas.:** peculiaridades da obra de artes plásticas. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTEVÃO, Ilca Maria. **Designer brasileiro João Incerti acusa marca Meg de plágio em estampa.** 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/ilca-maria-estevao/plagio-marca-meg-copia-estampas-de-designer-brasileiro-joao-incerti> . Acesso em: 15 jul. 2024.

ESTEVÃO, Ilca Maria. **Dolce & Gabbana é acusada de plágio por empresa espanhola de cerâmicas.** 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/ilca-maria-estevao/dolce-gabbana-e-acusada-de-plagio-por-empresa-espanhola-de-ceramicas> . Acesso em: 15 jul. 2024.

FAGUNDES, Caroline Cabral. **Fashion Law.** São Paulo: Dialética, 2022.

FASHION, Reuters Api. **Adidas perde processo em Nova York contra Thom Browne pelo design de três riscas.** 2023. Disponível em: <https://br.fashionnetwork.com/news/Adidas-perde-processo-em-nova-york-contra-thom-browne-pelo-design-de-tres-riscas,1475357.html> . Acesso em: 15 jul. 2024.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Criminal Fashion Law: reputação corporativa e compliance na indústria da moda.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FORBES, Redação. **Bilionários 2024: quem são as dez pessoas mais ricas do mundo em maio.** Forbes Money. 01/05/2024. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2024/05/bilionarios-2024-quem-sao-as-dez-pessoas-mais-ricas-do-mundo-em-maio/> . Acesso em: 15 jul. 2024.

GALVÃO, César. **Brasil perdeu R\$ 345 bilhões em 2022 por causa da pirataria.** G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2023/04/03/exclusivo-brasil-perdeu-r-345-bilhoes-em-2022-por-causa-da-pirataria.ghtml> . Acesso em: 15 jul. 2024.

JURÍDICO, Consultor. **Justiça proíbe que loja venda cópia de peças de roupa de marca de luxo.** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-26/justica-proibe-loja-venda-copia-roupas-marca-luxo> . Acesso em: 15 jul. 2024.

MARIOT, Gilberto. **Fashion Law-A moda nos tribunais** . Estação das Letras e Cores Editora, 2020.



NOVAES, Marina. **As sandálias da polêmica**. 2015. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248\\_331372.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/13/politica/1423839248_331372.html) . Acesso em: 15 jul. 2024.

OLIVEIRA, Thainá de. **ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO LEGAL DA CRIAÇÃO DE MODA A PARTIR DO REGISTRO DE DESENHO INDUSTRIAL**. 2020. 59 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/15454> . Acesso em: 15 jul. 2024.

PASTORI, Úrsula Medeiros de Carvalho. **FASHION LAW E A DUPLA PROTEÇÃO DOS ATIVOS DA INDÚSTRIA DA MODA: uma análise sob a perspectiva do direito autoral e da propriedade industrial**. 2020. 50 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ceub.br/jspui/handle/prefix/14922> . Acesso em: 15 jul. 2024.

PETERSON-WITHORN, Chase. **As 25 pessoas mais ricas do mundo em 2023 Leia mais em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2023/04/as-25-pessoas-mais-ricas-do-mundo-em-2023/>**. 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2023/04/as-25-pessoas-mais-ricas-do-mundo-em-2023/> . Acesso em: 15 jul. 2024.

PLÁCIDO, Lucila de Castro. **Fashion Law: a relevância jurídica da moda**. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-134/fashion-law-a-relevancia-juridica-da-moda/> . Acesso em: 15 jul. 2024.

PONTES NETO, Hildebrando. **Aspectos sobre o Plágio**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

REIF, Laura. **Marca brasileira acusa Shein de plágio por estampa; Fast fashion chinesa responde**. 2022. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/moda/noticia/2022/12/marca-brasileira-acusa-shein-de-plagio-por-estampa-fast-fashion-chinesa-responde.ghtml> . Acesso em: 15 jul. 2024.

SANTOS, Fellipe. **Nike abre processo contra personalizadores de tênis de sua marca**. 2021. Disponível em: <https://portalrapmais.com/nike-abre-processo-contrapersonalizadores-de-tenis-de-sua-marca/> . Acesso em: 15 jul. 2024.

STOCHIERO, Isabela Figueiredo Andrade. **INFRAÇÕES NO DIREITO DA MODA: plágio, contrafação e concorrência desleal aplicados na prática**. 2020. 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14678> . Acesso em: 15 jul. 2024.



## EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SOB A ÉGIDE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Allison Flavio Martins Izidoro<sup>1</sup>  
Mário César Felippi Filho<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo teve como objetivo, verificar, a partir do ano de 2019, a constitucionalidade da execução imediata da pena de prisão, no Tribunal do Júri, art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, sob a perspectiva da redação trazida pelo Pacote Anticrime. Elegeu-se como hipótese considerar ser juridicamente inválida a antecipação imediata da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. O método científico de abordagem adotado foi o hipotético-dedutivo, porquanto fez-se análise da constitucionalidade da execução imediata da pena no Tribunal do Júri. Por seu turno, o método de procedimento empenhado foi o monográfico. No tocante às técnicas de pesquisa utilizaram-se as técnicas bibliográfica e documental. De início fez-se considerações atinentes à evolução dos tipos de penas no Brasil e conceituou-se o termo execução provisória da pena. Na sequência, explicitou-se os principais aspectos envolvidos ao tribunal do júri. Mais adiante, incursionou-se nas discussões levadas a efeito na Constituinte de 1987-1988 e, de forma breve apresentou-se discussões hermenêuticas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Por derradeiro, antes das considerações finais, discorreu-se sobre a compatibilidade constitucional do art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal. Por fim, concluiu-se que a norma infralegal é dotada de nulidade, corroborando-se a hipótese elencada, pois a presunção de inocência é norma rígida não podendo sofrer limitações em seu conteúdo.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade do Pacote Anticrime. Execução provisória da pena. Presunção de inocência. Soberania dos veredictos. Tribunal do Júri.

**Abstract:** This article aimed to verify, starting from the year 2019, the constitutionality of the immediate execution of the reclusion penalty in jury trials, as provided in Article 492, I, “e,” of the Brazilian Code of Criminal Procedure, considering the wording introduced by the Anti-Crime Package. The hypothesis considered was that the immediate anticipation of provisional sentence execution in jury trials is legally invalid. The adopted scientific method was hypothetical-deductive, analyzing the constitutionality of immediate penalty execution in jury trials. The procedural method employed was monographic. Regarding research techniques, bibliographic and documentary methods were used. Initially, considerations were made about the evolution of penalty types in Brazil, and the concept of provisional sentence execution was defined. Subsequently, the main aspects related to jury trials were explained. Furthermore, discussions held during the 1987-1988 Constitutional Assembly were explored, and brief hermeneutical discussions conducted by the Brazilian Supreme Court were presented. Finally, before the concluding remarks, the constitutional compatibility of Article 492, I, “e,” of the Criminal Procedure Code was discussed. It was concluded that the infralegal norm is null and void, supporting the hypothesis, as the presumption of innocence is a rigid norm that cannot be limited in its content.

1. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul; Membro da linha de pesquisa Sistema Punitivo, Estado Democrático e Políticas Públicas vinculado ao Grupo de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento da Escola de Direito do Centro Universitário – Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul (2022/atual); Líder do grupo de estudos Liberdade de Expressão versus Censura: impressões iniciais (2023/atual); E-mail: allison.izidoro1@gmail.com.br

2. Professor orientador; Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (2007); Pós-graduado em nível de Especialização (com habilitação para o Magistério Superior) em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí, em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público (2008); Pós-graduado em nível de Especialização em Balística aplicada ao Direito junto ao Centro Universitário - Católica de Santa Catarina. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2013); Professor Universitário na área de Direito Penal e Processual Penal junto ao Centro Universitário – Católica de Santa Catarina (2009/atual); Instrutor de Armamento e Tiro pelo CTT/CBC (2015), Propoint (2017) e CTA (2019); Conselheiro Estadual da OAB/SC (gestão 2013/2015); Vice-presidente da 23 Subseção da OAB/SC (Gestão 2019/2021); Membro do Conselho Comunitário Penitenciário de Jaraguá do Sul/SC no período de 2019/2021; Advogado militante na área Criminal; Empresário; Presidente do Parabellum Clube de Caça e Tiro; E-mail: mariofelippi@catolicasc.org.br



**Keywords:** Constitutionality of the Anti-Crime Package. Provisional execution of the sentence. Presumption of innocence. Sovereignty of verdicts. Jury court.

## INTRODUÇÃO

Em 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei n. 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. Com a nova redação alterou-se em parte o art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal (CPP) e, passou a prever, ainda que ausente os requisitos cautelares da prisão preventiva, a aplicação imediata da execução da pena no Tribunal do Júri em caso de condenação, a uma pena de reclusão, igual ou superior a 15 (quinze) anos.

Todavia, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), consagrou a presunção de inocência como garantia fundamental do ordenamento jurídico pátrio, asseverando nos termos do art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim sendo, aparenta a inovação trazida pelo Pacote Anticrime caminhar na contramão do princípio da presunção de inocência.

Ante a controvérsia, buscou-se no presente artigo a partir da nova redação dada pela Lei n. 13.964/2019, que modificou o Código de Processo Penal e, ainda sob a égide da Constituição Federal, analisar a (in) constitucionalidade, da antecipação imediata da execução provisória da pena, nos casos submetidos ao rito do Tribunal do Júri, estritamente aos casos em que haja antecipação da execução da pena, sem trânsito em julgado e que a fundamentação baseie-se apenas no lapso temporal da pena de reclusão imposta.

Ante as delimitações que encamparam a presente análise, em não estando presentes os requisitos autorizadores de uma prisão cautelar, que de forma excepcional poderia afastar tal princípio para manter o acusado segregado antes do trânsito em julgado, questiona-se: a inserção da execução provisória da pena contida no art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal (CPP), viola o princípio constitucional da presunção de inocência?

Diante da indagação elencada com o objetivo de assentar uma possível resposta para o questionamento, elegeu-se como hipótese de pesquisa a possibilidade de se considerar juridicamente inválida a antecipação imediata da execução provisória da pena no Tribunal do Júri, uma vez que se representa violação às normas paradigmáticas Constitucional e Infraconstitucional, respectivamente art. 5º, LVII da Constituição Federal e art. 283 do Código de Processo Penal. Sobremodo, o trecho do texto que prevê a antecipação imediata da execução provisória da pena, contido na norma processualista, art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal, como mera decorrência do lapso temporal da pena imposta pelo conselho julgador, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para o deslinde do estudo do tema, consignou-se como objetivos específicos, conceituar o princípio da presunção de inocência identificando seu alcance junto ao ordenamento jurídico brasileiro, compreender epistemologicamente os principais fundamentos da execução das penas, bem como buscar entender o que seria sua antecipação, bem como conhecer os aspectos fundamentais do Tribunal Júri e por derradeiro analisar possível afronta ao princípio da presunção de inocência, na inserção contida no art. 492, I, “e”, do CPP, sob a perspectiva da redação dada pelo Pacote Anticrime Lei n. 13.964/2019.



Atinente ao método científico de abordagem empenhado, o que melhor ajustou-se foi método de procedimento hipotético-dedutivo, porquanto se analisou neste artigo a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da execução imediata da pena no Tribunal do Júri, nos termos do art. 492, I, “e”, do CPP, sob a perspectiva da nova redação trazida pelo Pacote Anticrime Lei n. 13.964/2019, a luz do Princípio constitucional da Presunção de Inocência. Por seu turno, o método de procedimento empenhado foi o monográfico, consistente no estudo de determinados fatores, com o intento de obter generalizações, o desiderato da investigação é examinar o tema selecionado, contemplando todos os elementos que o influenciam.

No tocante às técnicas de pesquisas, empregou-se a bibliográfica e a documental. Concernente à pesquisa bibliográfica, assevera-se que esta refere-se à utilização de fontes bibliográficas, ou seja, artigos, textos, periódicos, monografias, teses, revistas, dentre outros. Atinente a técnica de pesquisa documental, trata-se de fonte utilizada para coleta de dados abarcando os documentos, escritos ou não, haja vista que para o desenvolvimento do estudo do tema fez-se imperioso recorrer a Constituição, ao Código de Processo Penal e as demais legislações que possuem relação com o tema objeto do estudo.

Por sua vez, com relação à gênese teórica para deslinde do estudo do tema e realização da presente pesquisa, fez-se mister recorrer às seguintes obras: “No tribunal do júri” de Edilson M. Bonfim; “Prisões cautelares” de Aury Lopes Junior; e “Pacote Anticrime: um ano depois”, com autoria de Alexandre Morais da Rosa, Ana Cláudia Bastos de Pinho e Aury Lopes Junior.

Ainda mais, com o fito de organizar o artigo, subdividiu-se o referido em seções primárias e secundárias, na seção (2) encontra-se considerações atinentes à evolução dos tipos de penas no Brasil, logo em sua seção secundária (2.1) conceitua-se o termo execução provisória da pena, na (2.2) apresenta-se considerações acerca da finalidade da pena no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, incursiona-se nos principais aspectos envoltos ao tribunal do júri (3), logo na sequência busca-se incursionar nas discussões levadas a efeito na Constituinte de 1987-1988 (4) e, de forma breve incursiona-se em discussões hermenêuticas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (4.1) e por derradeiro, antes das considerações finais (5), discorre-se sobre a compatibilidade constitucional do art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal (4.2).

## **1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PANORAMA HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL**

Primeiramente, não se pode e nem se deve aplicar unívoca perspectiva ao buscar trilhar o caminho que deu origem e fundamentou a utilização da pena de prisão, cuja consequência atual é disseminação da utilização como método de execução penal (BITENCOURT, 2017). Além do mais, é imperioso considerar outras espécies de motivações que, embora possam aparentemente ser irracionais, contribuem, de forma direta ou indireta, em maior ou menor grau, a compreender e a explicar as causas que resultaram no surgimento de uma resposta penal como a prisão (BITENCOURT, 2017).

Mediante as limitações que encampam a presente análise levada a efeito, analisar-se-á, de forma singela, seletos pontos que conspiraram para o desenvolvimento da forma-prisão no Brasil (FOUCAULT, 2014). Bitencourt (2017) e Foucault (2014), em consonância, afirmam que a forma-prisão se desenvolveu, antes de ter sido prevista nos



Códigos ao redor do mundo e ao longo da história. Antes, portanto, de ser utilizada pelo aparelho Estatal como medida sancionatória (BITENCOURT, 2017; FOUCAULT, 2014).

Nas palavras de Foucault (2014, p. 223), a forma-prisão surgiu:

[...] fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.

Pelo fato de a forma-prisão não ser tão longínqua, como se conhece contemporaneamente, modelo típico de execução de pena adotado no Brasil, tida como espécie de medida sancionatória, na qual se quantifica a conduta do indivíduo delituoso em anos, e lhe tolhe o direito de ir e vir, recolhendo-o ao cárcere (BITENCOURT, 2017; NUCCI, 2022). Não obsta que se tenha em conta que subsistiram em cada época maneiras díspares das atuais como método de punições, tal qual, o suplício (FOUCAULT, 2014). Esta punição conceitua-se como sendo uma espécie de “pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [...] é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade”. (JAUCCOURT *apud* FOUCAULT, 2014, p. 36). Deveras, cada época concebeu suas próprias leis penais, utilizando-se dos mais variados métodos de punições, que se estenderam desde a violência física até aplicação dos princípios humanitários que apostavam na recuperação e na reintegração dos delinquentes a sociedade (FOUCAULT, 2014).

Por sua vez, no Brasil, pode-se dizer que desde 1500, quando as caravelas portuguesas aportaram na Costa do Descobrimento (Bahia), as Ordenações Filipinas (1603) vigoraram, deixando de vigorar em 1830 com advento do Código Criminal do Império (ALMEIDA, 1957; COSTA, 2009 *apud* ROSSETO, 2014; PALMA, 2022).

As Ordenações Filipinas, eram do século XVII, e vigoraram no Brasil do descobrimento até o Código Criminal do Império 1830, sendo baseada na intimidação pela dureza das punições. Eram frequentes a aplicação da pena de morte por enforcamento, precedida de tormentos, que variavam, desde a queima de cadáveres, ao seu esquartejamento e mutilações (ROSSETO, 2014). Nessa época as penas de morte eram frequentes, seja pelo enforcamento ou mesmo pelo fogo, a pena capital era precedida de torturas, cuja extensão da crueldade ficava a critério do magistrado, albergando “[...] mutilações, a marca de fogo, os açoites, as penas infamantes, degredos e confiscações de bens”. (BRUNO, 1967, p. 174 *apud* ROSSETO, 2014, p. 35). Entre o rol de condutas sujeita a punição, figurava falar mal do rei, praticar feitiçaria entre outras (WESTIN, 2020).

No entanto, as Ordenações encontravam-se “[...] em larga medida claramente ultrapassada no século 19 [...]”, pois continha crimes e penas que remontam à outras épocas, já não fazia sentido a existência de tais conteúdos, em uma época marcada pelo liberalismo político (WESTIN, 2020). Com relação aos meios e métodos de punições, dentre as espécies de penas admissíveis incluía-se a possibilidade de amputação de membros, a marcação da pele com ferro em brasa e a pena capital (WESTIN, 2020). Nas vigências das Ordenações Filipinas as matérias penais eram dispostas de maneira “assistemática e irracional”, possuindo confusão enorme entre o crime e o pecado, com



excessivo volume de condutas incriminadas inseridas em tipos difusos, obscuros, com “penas desproporcionais e cruéis”, sem qualquer desenvolvimento dogmático ou divisão racional dos tipos penais, não vigendo o princípio da legalidade, nas Ordenações a sorte ficava a cargo do julgador que iria fixar a pena. (COSTA, 2009, p. 270 *apud* ROSSETO, 2014, p. 34).

Com o advento da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, seu art. 179, XIX e XX, aboliu as penas de açoites, de tortura, de marca de ferro quente, todas as penas cruéis e além do confisco de bens (BRASIL, 1824; ROSSETO, 2014). O mandamento determinado na Constituição de 1824, era que se organizasse um código criminal o quanto antes, fundado nas sólidas bases de Justiça e Equidade (BRAZIL, 1824; PALMA, 2022; ROSSETO, 2014). Assim, a Constituição do Império ditou expressamente que no território nacional estavam “[...] abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis”, punições como as chibatadas eram aplicadas pelo poder público (WESTIN, 2020).

No ano de 1835, surgiu uma lei ampliando o leque de fatos típicos em que os escravos poderiam ser enquadrados resultando por vezes em serem “condenados à pena de morte” (WESTIN, 2020). Em 1886, próximo do advento da Lei Áurea (1888) e sob forte pressão dos abolicionistas, os parlamentares revogaram do Código Criminal a pena de açoites (WESTIN, 2020). Posteriormente, no 1890, na República, aportou um novo Código Penal, restringindo-se, desde então, a pena de morte “à legislação militar para os tempos de guerra” (WESTIN, 2020).

Recepcionado pela Constituição de 1988, o Código Penal vigente no Brasil data de 1940 (BRASIL, 1940; BRASIL, 1988). Os constituintes de 1987-1988, no ofício de suas atribuições, vedaram na redação final do art. 5º, inciso XLVII da Constituição Cidadã, o emprego, a utilização de certos tipos de punições, como as penas de morte em tempos de paz, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis (BRASIL, 1988). Atualmente a Constituição (1988) e Código Penal (1940), preveem como resposta penológica, ou melhor, como consequência sancionatória a prática delituosa, penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de pagamento de multa (BARROSO, 2023; BITENCOURT, 2017; BRASIL, 1988; BRITO, 2023). Para deslinde do estudo do tema importará sobremaneira a prisão.

Assim, observa-se que houve importante evolução no que se atém aos métodos de punições empregados pelo Estado brasileiro. “A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à ‘humanidade’.” (FOUCAULT, 2014, p. 224). “Curiosamente, a restrição à liberdade de ir e vir significou um notável avanço civilizatório” (BARROSO, 2023, p. 273), vez que substituiu as penas capitais e as corporais, que muitas vezes eram dotadas de requintes de crueldade.

Dessa forma, imprescindível fez-se, inicialmente, antes de adentrar-se ao exame, propriamente, do compreendido como execução provisória da pena, situar-se no “tempo”, perfazendo mesmo que breve e superficialmente esta espécie de percurso histórico da evolução da utilização das penas no Brasil, em especial a adoção da pena de prisão.

### **1.1. Aspectos envoltos na sistemática da execução provisória da pena de prisão**

Após breve incursão no panorama histórico no que se atém às modalidades de penas no Brasil, buscar-se-á neste segundo instante compreender os principais fundamentos da execução provisória da pena de prisão, bem como buscar-se-á entender o que seria sua antecipação. De início, faz-se de bom alvitre assentar que, conceitua-se a



pena de prisão como sendo a “[...] privação da liberdade de locomoção de uma pessoa, geralmente com seu recolhimento ao cárcere”. (BARROSO, 2023, p. 273).

Isto posto, a execução provisória da pena privativa de liberdade, leia-se prisão, pode-se dizer que se subsume na hipótese de prisão do indivíduo já sentenciado, porém antes do transcurso da preclusão maior, ou seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (AVENA, 2019; BITENCOURT, 2021; LOPES JUNIOR, 2022). A execução penal, é a fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal (NUCCI, 2023). Em outras palavras, a execução penal, ou execução da pena como bem preferir, cumpre com o objetivo fulcral de efetivar o conteúdo disposto na sentença criminal, tornando-se à efetivamente definitiva com o trânsito em julgado (BITENCOURT, 2021; BRASIL, 1984; LOPES JUNIOR, 2022).

A denominada execução provisória da pena privativa de liberdade, pode se dizer em síntese que ocorre a antecipação do cumprimento da pena, pois efetiva-se em momento anterior ao transcurso da preclusão do título condenatório, cuidando-se de uma espécie de execução da pena prematura (AVENA, 2019; BITENCOURT, 2021; LOPES JUNIOR, 2022). Denominam execução provisória da pena, mas na realidade cuida-se, de autêntica execução penal em definitivo com a mera possibilidade de manejo de instrumentos recursais, que poderão ou não influir e modificar o conteúdo disposto na sentença condenatória (BITENCOURT, 2021; BRITO, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). Nada obstante, de acordo com a inteligência assente no art. 5º, LVII da Constituição Federal (1988), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Nesta mesma consonância encontra-se o art. 283 do CPP, “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal” preclusa/transitada em julgado (BRASIL, 1941).

Também a esse respeito converge o art. 105 da Lei de Execução Penal (LEP) transitada em “julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução” (BRASIL, 1984; NUCCI, 2023). Pode se dizer, que o início formal do cumprimento da pena se dá com a devida expedição da guia de recolhimento, que por sua vez, ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BITENCOURT, 2021; NUCCI, 2023). Por seu turno, o 283 do CPP, ao mencionar a possibilidade de prisão cautelar ou provisória, em suma, está referindo-se a prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária (BARROSO, 2023; BITENCOURT, 2021; LOPES JUNIOR, 2022). Importa discorrer sobre e fazer um paralelo entre as distinções semânticas existentes entre prisão preventiva ou provisória e a antecipação da execução provisória da pena.

Como é possível verificar, no âmbito penal, a prisão pode se dar antes ou após o julgamento, notadamente privar alguém antes do julgamento, deve ser tida como exceção dentro do sistema punitivo pátrio (BARROSO, 2023). Assim sendo, ninguém deverá ser colocado ou “[...] mantido preso quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL, 1988). De acordo com Barroso (2023, p. 273):

O ordenamento jurídico brasileiro admite as seguintes espécies de prisão: i) prisão extrapenal (prisão civil, prisão administrativa, prisão militar); ii) prisão penal (decorrente de sentença penal condenatória definitiva); iii) prisão cautelar,



provisória ou processual, que é a prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A prisão preventiva poderá ser decretada, quer seja no curso da investigação ou do processo, admitindo-se também após a prolação de sentença condenatória, contudo é imprescindível que a sentença que a decretar baseie-se ou tenha como fundamentação a cautelaridade (BARROSO, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). Sendo assim, a prisão preventiva é medida tida como de jaez cautelar e não confundindo-se com a antecipação da punição do acusado, justificando-se em situações excepcionais nas quais estejam presentes o risco de reiteração delitiva, a interferência na instrução probatória e/ou o risco de o acusado evadir-se (BARROSO, 2023; BITENCOURT, 2021; LOPES JUNIOR, 2022). Contanto, a prisão preventiva deve ser instituída sobre o agente delituoso quando existirem indícios suficientes e concretos demonstrando que acusado representa ameaça à investigação, à sociedade ou ao regular andamento do processo, é o prescrito no art. 312 do CPP (BRASIL, 1941; CAPEZ, 2023; LOPES JUNIOR, 2022).

Nesse cenário, a segregação do acusado após decisão condenatória recorrível, dever ser imposta apenas como espécie de prisão preventiva, quando presentes os respectivos pressupostos de cautelaridade, como a garantia da aplicação da lei penal (AVENA, 2019; BARROSO, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). De modo que, deverá ser decretada quando existentes e preenchidos os requisitos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* (CAPEZ, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). De antemão, aponta-se como pressuposto a ser observado, quando da decretação da prisão preventiva, prova da existência do crime, ou seja, prova da materialidade delitiva, além de indícios elementares suficientes que demonstrem e indiquem a autoria do fato, cumulando-se com perigo gerado pela manutenção do status de liberdade do indiciado ou acusado a depender da fase processual (BARROSO, 2023; CAPEZ, 2023; LOPES JUNIOR, 2022).

Sendo assim, está facultado ao magistrado somente decretar a prisão preventiva se estiverem latentes, primeiro a existência do crime e segundo o indispensável indício de que tenha sido o investigado ou acusado, responsável pela prática do crime e esteja encampado o perigo gerado pela manutenção de sua liberdade (CAPEZ, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). Outrora, se o acusado for posto preso ante a prescindibilidade contemporânea e cautelar, tal prisão não será processual, revestindo-se, porém, de verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo (BITENCOURT, 2021; CAPEZ, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). Dessa forma:

Mesmo nas situações em que a lei a admite e ainda que demonstrada sua imprescindibilidade, a prisão preventiva tornou-se excepcional, pois somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (CPP, art. 282, § 6º), dentre as previstas no art. 319 do CPP, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes no caso concreto, de forma individualizada (art. 315, § 2º, do CPP). Sendo possível alternativa menos invasiva, a prisão torna-se desnecessária e inadequada, carecendo de justa causa. (CAPEZ, 2023, p. 111).

A cautelaridade e a justa causa são inegociáveis, é ponto nevrálgico que deixa escancarada a dessemelhança entre execução provisória da pena e prisão preventiva ou provisória, a primeira independe de requisito de cautelaridade executando-se os termos da sentença condenatória antes de se transcorrer a o marco temporal da preclusão maior e segunda possui requisitos elementares não ficando a cargo da abstratividade da pena ou de sua concretude, é imprescindível que se tenha justa causa e cautelaridade (CAPEZ,



2023; LOPES JUNIOR, 2022; ROSSETO, 2010). Portanto, é somente e tão somente com a ocorrência da preclusão maior que o título executivo judicial torna-se definitivo, ou seja, no instante que o referido título, transita em julgado a sentença penal condenatória reveste-se de imutabilidade, é, isto é, da natureza processual, pois antes deste marco temporal a decisão poderá sofrer reparos (BRITO, 2023).

Swensson (1988 *apud* BRITO, 2023, p. 131), diz que, a sentença sem transcurso da preclusão maior:

[...] poderá ter seus efeitos eventualmente alterados ou mesmo desconsiderados. Havendo anulação da sentença, absolvição em grau recursal, concessão de *sursis*, ou substituição por pena alternativa, a execução será tornada sem efeito. Se a pena for reduzida e verificar-se que o condenado já a cumpriu, será colocado em liberdade [...]. Havendo algum tipo de cumprimento indevido (p. ex., absolvição ou nulidade *in totum* do processo) o que ficou preso deverá ser indenizado.

Em consonância, com complexo apresentado, encontra-se a execução provisória da pena no Tribunal do Júri um ponto dubitável trazido pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que modificou a alínea “e”, inciso I do art. 492 do CPP, determinando a antecipação imediata da execução provisória da pena de reclusão, quando esta for igual ou ultrapasse a 15 anos (BITENCOURT, 2021; BRASIL, 1941; LOPES JUNIOR, 2022). Ao cargo de debruçar-se sobre a temática de forma pormenorizada, geram-se reflexões, a despeito de pontos salutares e edificantes, sobre a possibilidade ou não de submeter alguém a privação de sua liberdade antes de ter sido sua culpabilidade estabelecida de maneira definitiva e sem que se afigure os requisitos da prisão preventiva (BITENCOURT, 2021; BRITO, 2023; LOPES JUNIOR, 2022). Além do mais, “Ser ou não ser [...]” a presunção de inocência pilar essencial do sistema jurídico pátrio, é diante dessa questão (SHAKESPEARE, 1877, p. 65), que deve se afastar a terminologia da execução provisória da pena das modalidades de prisões cautelares, em especial a prisão provisória/preventiva.

## **1.2. Teoria Unitária: considerações objetivas acerca da finalidade da pena no ordenamento jurídico pátrio**

No Brasil contemporâneo admitem-se as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa, para deslinde da pesquisa importará a pena privativa de liberdade (BRASIL, 1940; DELMANTO, 2022). A pena em si, é um instrumento “excepcional e subsidiário de *controle social*, reafirmando valores e buscando conter impulsos egoísticos, vinculados ao prazer e ao poder, que estão presentes em todo ser humano”. (DELMANTO, 2022, p. 167). Por seu turno, a pena, em especial a pena de prisão, funciona como compensação direcionada ao indivíduo transgressor da norma penal incriminadora onde retribui-se o mal infligido, segregando-o do seio social (DELMANTO, 2022).

É por intermédio das penas que se sancionam as “condutas desviantes dos padrões de uma determinada sociedade, em certo momento histórico [...]” (DELMANTO, 2022, p. 167). Em síntese, pune-se sancionado o indivíduo do fato delituoso com a reprimenda corporal (prisão) objetivando resguardar bens jurídicos cruciais à harmonia social (DELMANTO, 2022). Além disso, a punição legítima pôr parte do Estado:

[...] cumpre uma função notadamente *integradora* da sociedade, no sentido de que os cidadãos que contêm os seus impulsos e respeitam as leis sentem-se coesos, unidos pelos valores acatados, restando legitimada a própria existência do



Estado, mediante a punição daqueles que violam as normas, em prol da harmonia social. (DELMANTO, 2022, p. 167).

É imperativo reter que a pena, ao se configurar como retribuição do agravo levado a efeito, mediante a imposição de um mal pelo Estado, ao perpetrador do delito, encerra em si mesmo dois aspectos de relevância e validade incontestáveis: (a) a concepção de restringir a resposta penal dentro dos parâmetros da proporcionalidade entre a magnitude do delito e a reação punitiva; (b) evidência para a coletividade que, embora os indivíduos estejam privados do poder de retaliar o ofensor de maneira direta frente a noção subjetiva de "justiça" por meio da autotutela, o Estado se apresenta como entidade ativa, empregando a força previamente restringida ao cidadão contra o transgressor; (c) ocorre a legitimação da própria razão de ser do Estado, transmitindo uma mensagem simbólica à sociedade de que uma injustiça foi cometida, uma conduta grave violadora das normativas instituídas ocorreu, um responsável é identificado, e o Estado se faz presente ao sancionar o agente delituoso (DELMANTO, 2022).

No ordenamento jurídico pátrio, vige como teoria a justificar a finalidade da pena, a teoria unitária concebendo três funções finalísticas a pena: retribuição, prevenção especial e prevenção geral, esta concepção extrai-se do art. 59 do Código Penal, cujo disposto diz que a pena será estabelecida pelo magistrado observando a conformidade necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940; DELMANTO, 2022). Contudo, a finalidade adstrita ao processo de execução penal é a reinserção social do condenado na sociedade (BRASIL, 1984; DELMANTO, 2022). Daí o nome teoria unitária pois alberga três funções intrínsecas: retribuir o injusto penal, prevenir o cometimento de novas condutas criminais pelo corpo social e, individual de cada apenado, influenciando na ressocialização do indivíduo transgressor (DELMANTO, 2022).

Além do mais, verifica-se dualidade na abordagem da prevenção geral: uma de caráter negativo, atuando como contrapeso, desencorajando o ímpeto violador dos bens jurídicos protegidos pela legislação penal; outra de caráter positivo, reiterando à sociedade seus valores fundamentais por intermédio da efetividade do sistema penal, conferindo efeito pedagógico a sanção (DELMANTO, 2022).

Dessa forma, percebe-se que a teoria unitária apresenta três conteúdos finalísticos a pena. A finalidade preventiva e a retributiva da pena funcionam como medida coercitiva influenciando os integrantes da sociedade a não se aventurarem em condutas delitivas, tendo justamente objetivo de evitar-se a prática de condutas desviantes lesivas aos bens jurídicos regularmente tutelados e a função ressocializadora a de reintegrar o desviado ao seio social. (ANDREUCCI, 2023; BICUDO, 2023; DELMANTO, 2022).

## **2. ASPECTOS RELEVANTES DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Compreendido e distinguido o que seria execução provisória da pena, nesta seção buscar-se-á apresentar os principais aspectos atinentes à instituição tribunal do júri no Brasil, desempenhando-se maior ênfase na abrangência da compreensão conceitual do princípio da soberania dos veredictos. O Tribunal do Júri, adota o formato colegiado, possuindo como presidente um juiz togado e setes pessoas juízes de fato (BONFIM, 2019). A palavra "jurado" advém do juramento realizado, isto é, quando da tomada do compromisso legal de ser "definido como órgão leigo do Poder Judiciário, investido da função de julgar no órgão colegiado denominado Júri". (BONFIM, 2019, p. 719).



De início uma característica inconfundível do Tribunal do Júri, é que se cuida do órgão responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida, que diferentemente do julgamento de outros tipos de delitos, compete a sete cidadãos, pinçados do seio social, a responsabilidade de dirimir a demanda reconhecendo a culpabilidade do acusado ou absolvendo-o (BONFIM, 2019; CAMPOS, 2015; LEONEL; FELIX, 2020).

O Código Penal (1940), especificamente ao início da parte especial do referido, trata dos crimes contra a pessoa, apresentando logo em seu capítulo primeiro o rol dos denominados crimes contra a vida, ou seja, o homicídio doloso, o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, o infanticídio e o aborto, bem como por força dos arts. 78 e 79 do CPP, julgar os crimes conexos (BONFIM, 2019; BRASIL, 1940; LEONEL; FELIX, 2020).

Sendo em primazia, uma garantia com enfoque na tutela dos direitos difusos e coletivos, em especial a liberdade, mas também abrangendo o direito coletivo e social da comunidade julgadora, permitindo-os julgarem seus semelhantes (CAMPOS, 2015; RANGEL, 2018). Consagra a Constituição Federal (1988) que é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos, competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, conforme o texto constitucional será assegurado ao Tribunal do Júri a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida que se encontram taxados entre os artigos 121 e 128 do Código Penal (1940) (BONFIM, 2019; CAMPOS, 2015; RANGEL, 2018). Os casos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, adotam procedimentos disciplinados no Código de Processo Penal (CPP). Elenca-se a título de exemplo, as disposições relativas à composição na qual deve haver um juiz togado e vinte e cinco jurados dentre os quais sete serão pinçados, passando a integrarem o Conselho de Sentença (BONFIM, 2019; LEONEL; FELIX, 2020; RANGEL, 2018). Os jurados antes de examinarem o processo prestam compromisso legal de examinarem a causa e decidirem conforme os ditames da lei e de acordo com a sua íntima convicção, recaindo sobre os cidadãos integrantes do conselho julgador a responsabilidade pela tomada da decisão final (BONFIM, 2019; LEONEL; FELIX, 2020; RANGEL, 2018).

Salienta-se que o Júri é um órgão judicial existente tanto Justiça Comum Estadual, quanto, como no âmbito da justiça Federal, previsto no art. 4º do Decreto-lei 253/67, que todavia remete a sua organização ao Código de Processo Penal e tem por competência julgar especificamente os crimes dolosos contra a vida que se subsume- ou que se enquadrem nas hipóteses do art. 109 da Constituição Federal (LEONEL; FELIX, 2020)., Em síntese por força do art. 5º, XXVIII da CF, todo acusado de cometer um crime doloso contra vida estará sujeito a julgamento, e este obedecerá ao rito do tribunal do júri, assegurando aos acusados a plenitude de defesa, e aos jurados o sigilo das votações e soberania de seus veredictos (BONFIM, 2019; BRASIL, 1988, RANGEL, 2018).

O princípio da plenitude de defesa, deságua no exercício do direito de defesa em grau mais elevado que a ampla defesa efetivando a plena observância da ampla defesa e do contraditório (CAMPOS, 2015; LEONEL; FELIX, 2020). Por certo, o contraditório e a ampla defesa decorrem do princípio do devido processo legal, consistindo no direito do acusado ser ouvido, “de produzir provas e de ter seus argumentos apreciados motivadamente”. (BARROSO, 2023, p. 280). Denomina-se no curso do processo penal este complexo de direitos como garantismo, significando a garantia de que o acusado terá assegurado seu direito de ser notificado da imputação, de apresentar defesa, de produzir provas, de ser julgado por um magistrado imparcial e, como regra geral, ter direito à pelo



“menos um recurso que permita a rediscussão das matérias de fato e de direito”. (BARROSO, 2023, p. 280).

O sigilo das votações em sua vez visa “garantir a imparcialidade das votações e a segurança dos jurados no processo decisório”. (SILVA, 2006, p. 137 *apud* TRINDADE, 2014, p. 45). É este princípio informador específico do Tribunal do Júri, não se aplicando o conteúdo disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal (1988), que versa sobre a publicidade das decisões do Poder Judiciário (CAPEZ, 2023). No entanto, quando a decisão se dá por unanimidade automaticamente rompe-se o sigilo das votações, restando evidente em que sentido votaram os jurados, e é justamente por esta razão, que há entendimento que caminham no sentido de que deve ser interrompida a votação quando do quarto voto no mesmo sentido (CAPEZ, 2023).

Com relação a soberania dos veredictos, este atribui às decisões emanadas pelo conselho julgador a imutabilidade, o que recai na impossibilidade de um juiz togado seja de primeira ou das demais instâncias modificar o conteúdo decisório, todavia, ressalva-se, que, contudo, não obsta a possibilidade de haver determinação de nova sessão de julgamento (CAPEZ, 2023; SILVA, 2006 *apud* TRINDADE, 2014). A soberania do conselho julgador é relativa pelo fato de que “não pode obstar o princípio informador do processo penal, qual seja, a busca da verdade real”. (CAPEZ, 2023, p. 232). Nesse norte, significa dizer: o princípio reveste-se de relatividade, porquanto havendo uma decisão e na sequência a interposição de recurso adequado, abrangendo as questões meritórias e se porventura os desembargadores reconhecerem que a sentença emanada pelo Júri contrariar manifestamente a prova produzida no processo, este deverá determinar nova sessão de julgamento anulando o anterior a decisão objurgada (CAPEZ, 2023). Além do mais, a mitigação desse princípio é ainda maior, na revisão criminal, “porque o réu condenado definitivamente pode ser até absolvido pelo tribunal revisor, caso a decisão seja arbitrária. Não há anulação nesse caso, mas absolvição, isto é, modificação direta do mérito da decisão dos jurados” (CAPEZ, 2023, p. 232).

Pois é em virtude disso e diante dos fatos elencados nesta seção, consistentes no apensamento dos principais aspectos atinentes ao Tribunal do Júri, extrai-se das considerações o conceito do princípio da soberania dos veredictos. Possível também afirmar que o referido princípio se reveste de caráter relativo, vez desempenhando papel fulcral de garantia de independência do órgão julgador, vez assegurando que a decisão a ser observada é a decisão emanada pelos membros do Júri. Nesse diapasão, caminhando a margem de significar tão somente imutabilidade do *decisum*, pois esta não é plena, sujeitando-se as hipóteses de modificações, que constituem direito do acusado e não podem sofrer sua relativização, sob pena de nulidade absoluta do ato.

### **3. DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO**

A presunção de inocência ou da não culpabilidade encontra-se no rol de direitos individuais fundamentais, assentados na Constituição (1988), incumbindo-o por tutelar a liberdade dos indivíduos, encontrando-se vaticinado, na redação final do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, que destaca: “Ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988 *apud* BITENCOURT, 2021, p. 35).



Precipuamente, é elementar explicitar as particularidades do termo Princípio, confrontando-o com o termo norma, importa sobremaneira ter em conta que o ponto nevrálgico para realização da aferição da distinção subsistente entre a norma e princípio:

[...] é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [sic]. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2011, p. 90).

Por sua vez, as regras são normas satisfeitas ou insatisfeitas (ALEXY, 2011). Nessa perspectiva, se exige uma regra válida, e então, “[...] deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos [...]” (ALEXY, 2011, p. 91). Dá a entender que, portanto, a norma “[...] contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (ALEXY, 2011, p. 91). “Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, 2011, p. 91). Explicitado as distinções referentes aos princípios e as normas, cumpre inicialmente destacar que foi em 1948, na Assembleia Geral da ONU que o Brasil votou e aprovou a Declaração dos Direitos Humanos, o qual encontrava-se “insculpido o princípio da presunção de inocência, embora somente com a Constituição Federal de 1988 o país tenha incorporado expressamente a presunção de inocência como princípio basilar do seu ordenamento jurídico” (BITENCOURT, 2021, p. 33). “Tal garantia, nos moldes em que dimensionada pelo Constituinte, não encontra paralelismo em nenhum dos textos constitucionais regentes do Estado brasileiro anteriormente, seja no Império, seja na República.” (BRASIL, 2019a, p. 139).

Portanto, com a autonomia atrelada ao Constituinte originário este, poderia, ao bel prazer, ter-se restringido a reproduzir a redação, “contida na Constituição Imperial, de 1824 (art. 179, VIII), e reproduzida na Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 14) e na Constituição do Estado Novo, de 1937 (art. 122, § 11)”. (BRASIL, 2019a, p. 139).

Preferiu, contudo, o Constituinte de 1987, além de consagrar expressamente o princípio da presunção de inocência, “realizar a fixação de marco temporal expresso” (BRASIL, 2019a, p. 140), ao momento em que fez constar, “com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória”. (BRASIL, 2019a, p. 140).

Com o fito de clarividenciar os debates exarados ao crepúsculo da convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, transcreve-se trecho do Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a Comissão Afonso Arinos, que prescrevia, em seu art. 43, § 7º, que: “Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”. (BRASIL, 2019a, p. 140). Em 07.6.1987, o Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, após sugestões dos Deputados José Ignácio Ferreira e Sigmaringa Seixas, “erigia expressamente o trânsito em julgado como ponto de inflexão da presunção de inocência”. (BRASIL, 2019a, p. 140), adotando a redação, que diz: “Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2013, p. 271; BRASIL, 2019a, p. 140).

Aprovada, a Emenda n. 00627, de autoria da Deputada Anna Rattes, foi acolhida no esboço do Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, de modo a ampliar o escopo da garantia, de todo cidadão para todo



indivíduo, nos seguintes termos: “Considera-se inocente todo indivíduo, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2013, p. 570; BRASIL, 2019a, p. 140).

No curso dos seus trabalhos, a Assembleia Nacional Constituinte considerou e expressamente rejeitou diferentes propostas de conformação positiva do princípio da presunção de inocência que davam à garantia feição mais elástica, principiológica, desvinculando do trânsito em julgado a formação da culpa. (BRASIL, 2019a, p. 140).

A título de demonstração, recorda-se que em 09.6.1987, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, foi rejeitada a proposta do Constituinte Bonifácio de Andrada. Apresentada em 02.7.1987, a Emenda n. 4014, de autoria do Deputado Theodoro Mendes também foi rejeitada, *in verbis* “O acusado terá direito a ampla defesa, será presumido inocente antes de condenado e, quando preso ou detido, será ouvido na presença de seus defensores”. (BRASIL, 2019a, p. 141).

O Deputado Cunha Bueno, apresentou em 31.8.1987, no Plenário da Câmara proposta almejando dimensionar a presunção de inocência, preconizando que “todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa e tem o direito de ter preservada, ao máximo possível essa condição”. (BRASIL, 2019a, p. 141).

Apresentada em 03.9.1987, a segunda Emenda n. 28.797 (apresentada em 03.9.1987), de autoria do constituinte Jorge Leite, “o acusado terá direito a ampla defesa, será presumido inocente antes de condenado”. (BRASIL, 2013, p. 1450; BRASIL, 2019a, p. 141).

Contudo, na Emenda de autoria de José Egreja, em 03.9.1987 à Comissão de Sistematização, propunha “a supressão integral, do texto constitucional, de qualquer limite ao legislador ordinário para definir as condições em que o indivíduo passa a ser considerado culpado”. (BRASIL, 2019a, p. 141). Por fim, recepcionada a Emenda Modificativa de 12.8.1987, de autoria do Constituinte José Ignácio Ferreira, o Substitutivo 1 da Comissão de Sistematização de 26.8.1987, auferia no art. 6º, § 15, “a redação que, daí em diante inalterada e, ao final, aprovada em primeiro e segundo turno, veio a ser consolidada no art. 5º, LVII, da Constituição promulgada” (BRASIL, 2019a, p. 141), passando a adotar a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988 *apud* BRASIL, 2019, p. 141).

Sem embargo, mesmo diante de toda erudição emprestada pelos Constituintes (1987-1988), para construção, elaboração e aperfeiçoamento do multicitado, art. 5º, LVII da Constituição (1988), é no mínimo surpreendente pairar dúvidas acerca do conteúdo normativo e a abrangência da presunção de inocência. Aparenta-se não ser levado em conta e não bastar o longo trajeto percorrido pelo povo através dos Constituintes originários eleitos (1986), para chegar-se à redação final, conferida ao art. 5º, LVII da Constituição (1988).

### **3.1. Breves considerações sobre a a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira**

Posteriormente a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, os tribunais também se debruçaram na hermenêutica do princípio da presunção de inocência. Já no ano de 1989, no julgamento HC 67.245/MG (Relator Ministro Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgamento em 28.3.1989, DJ 26.5.1989), exarou entendimento de que diferente da vedação de presumir-se a culpa, “encetada no art. 5º, LVII, da CF, com a presunção de inocência, está fulminada em face da não atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, a teor do art. 637 do CPP” (BRASIL, 2019a, p. 141).



Nessa mesma acepção, quando do indeferimento do HC 68.726 (Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 28.6.1991), o Plenário do Supremo, nos termos do voto condutor, adotou, por decisão unânime, o entendimento de que a ordem de prisão decorrente de decisão em sede de órgão julgador de segundo grau, possui natureza processual, da mesma maneira a prisão decorrente de decreto de custódia preventiva, e concerne aos interesses “da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal” (BRASIL, 1991 *apud* BRASIL, 2019a, p. 141-142).

Esse entendimento manteve-se hígido no julgamento do HC 69.964/RJ (Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.7.1993), “cujo fundamento central foi já ter sido formada, naquele momento, cadeia de precedentes sobre a matéria” (BRASIL, 2019a, p. 143).

A instauração de uma jurisprudência uníssona e cristalizada foi também sinalizada como elementar fundamento do indeferimento, pela Segunda Turma, do HC 70.363 (Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 08.6.1993, DJ 13.12.1993) (BRASIL, 2019a).

No debate do julgamento do HC 72.366/SP (Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 13.9.1995, DJ 26.11.1999), em que se reputou-se recepcionado, pela Constituição Federal (1988), o art. 594 do CPP, à luz da redação que lhe fora dada pela Lei n. 5.941/1973, “condicionava o exercício do direito de apelar da sentença condenatória ao recolhimento do réu à prisão ou à prestação de fiança, salvo se primário e de bons antecedentes” (BRASIL, 2019a, p. 145). Ressalta-se ainda:

como exceção a essa tendência hermenêutica de esvaziar de densidade normativa a garantia do art. 5º, LVII, da Constituição republicana, a decisão deste Plenário pela qual assentada a não-recepção do art. 408, § 1º, do CPP, no que autoriza o juiz, ao prolatar a sentença de pronúncia, a determinar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, por incompatibilidade material com o preceito constitucional. É o que foi decidido no julgamento do HC 69696/SP (Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.10.1993). (BRASIL, 2019a, p. 148).

Em 05.02.2009, o plenário do Tribunal Supremo, atestando “a superação da cadeia de precedentes firmada”, em verdadeiro *overruling*<sup>3</sup>, concedeu, por maioria, a ordem requerida no HC 8.4078/MG (Relator Ministro Eros Grau, DJe 26.02.2010) (BRASIL, 2019a, p. 150).

Em síntese, os fundamentos que escaparam e ensejaram o *overruling*, a virada jurisprudencial. Foram:

(i) a incompatibilidade do art. 637 do CPP, no que autoriza a chamada execução antecipada da pena, com o disposto no art. 5º, LVII, da Carta Política, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, bem com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); e (ii) sua derrogação, não obstante, pela Lei no 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), cujos arts. 105 e 147, ‘além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP’. (BRASIL, 2019a, p. 150).

3. O instituto do *overruling*, também denominado *overriding*, representa a superação de um precedente. THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei. FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 161. Dessa forma, ocorre *overruling* quando da análise de novo caso semelhante supera-se na totalidade o precedente anteriormente firmado. Sendo assim, “[...] o tribunal resolve, expressamente, adotar solução diversa à determinada tese jurídica, abandonando aquele entendimento anterior [...]”.



Por sua vez, novamente mudando entendimento acerca do tema, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP (Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2016, DJe 17.5.2016), denegou-se a ordem em *habeas corpus* nos seguintes termos, a: “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. (BRASIL, 2019a, p. 160).

Incessantemente no ARE 964246 RG, (Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2016, DJe-251 24-11-2016), em reflexão o Pleno da Corte Suprema, manteve o posicionamento anterior, frisando que a execução “provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. (BRASIL, 2019a).

Novamente, reverberando a discussão, em 7 de novembro de 2019, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal, sedimentou que o cumprimento de pena tão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado de decisão condenatória, reputando por considerar ser compatível com os ditames constitucionais o art. 283 do Código de Processo Penal (BITENCOURT, 2021; BRASIL, 2019a).

Especificamente, atinente a execução provisória da pena no Tribunal do júri, aponta-se o HC (118.770/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 7/3/2017) e o HC (140.449/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 6/11/2018). Em síntese, ambas decisões se basearam na cadeia de precedentes assentando que execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência e a “prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”. (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018). Todavia, a Corte diverge sobre o tema possuindo decisões monocráticas, antagônicas à jurisprudência consolidada pela Primeira Turma, a título de exemplo as decisões proferidas nos HC (174.759 MC, de relatoria do Min. Celso de Mello, j. 10/10/2020), e o HC 176.229-MC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, j. 26/09/2019 (BRASIL, 2019; BRASIL, 2020 *apud* BRASIL, 2022).

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do Tema 1068, elegendo como *leading case* o Recurso Extraordinário n. 12.3540/SC, em que se discute, à luz do art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, se a soberania do *veredicto* do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença (BRASIL, 2022). Nesse mesmo diapasão, também está tramitando junto à Suprema Corte Brasileira a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.735/DF, impetrada em 07 de março de 2021, objetivando a declaração da inconstitucionalidade da alínea “e” do inciso I e os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do artigo 492 do CPP (BRASIL, 2021). Não obstante, ambas se encontram pendentes de prolação de um *decisum*.

Dito isso, por fim, fez-se necessário recorrer e catalogar alguns precedentes da Suprema Corte brasileira, que em diversas oportunidades manifestou-se acerca do tema e inclusive como possível vislumbrar, modificando de entendimento durante o interregno compreendido entre a promulgação da Constituição de 1988 até os tempos atuais.



### 3.2. Análise da compatibilidade constitucional da imediata execução provisória da pena no Tribunal do Júri

Expressamente aduz a Constituição Federal (1988) com relação à igualdade formal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, isto também se aplica aos acusados em matéria penal, tem em conta que a aplicação da lei não pode distinguir entre classes sociais ou levar em consideração o poder aquisitivo (BRASIL, 1988; BARROSO, 2023). Nesse contexto, o constituinte originário entre as cláusulas pétreas incluiu, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

A redação foi uma clara adoção do elementar princípio formador do direito penal acusatório: o princípio da presunção de inocência. Posteriormente, com a reforma havida em 2019 no CPP, foi inserido no art. 283 do CPP, o texto legal que disciplina o princípio no âmbito infraconstitucional. A inteligência da redação adotada assenta que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (BRASIL, 1941). Por sua vez, o art. 492, I, “e” do CPP, que versa sobre matéria processual penal de rito especial, o tribunal do júri também sofreu alterações legislativas em 2019 (BITENCOURT, 2021; LOPES JUNIOR, 2022). Passou-se a prever a possibilidade de antecipação da execução provisória da pena, “no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão”. (BRASIL, 1941).

O texto surgiu através do PL n. 882/2019, que foi posteriormente arquivado e apensado ao PL n. 10.372-A/2018, tendo sido encaminhada através da carta n. 50 pelo Poder Executivo (BRASIL, 2019b; MORO, 2019). Sendo remetida à CCJ do Congresso Nacional. Recaindo o encargo de principal expositor ao Ministro da Justiça à época, Sérgio Moro (BRASIL, 2019b; MORO, 2019). Arguiu que:

Os arts. 421, 492 e 584, na sua nova redação, dizem respeito à prisão nos processos criminais da competência do Tribunal do Júri. A justificativa baseia-se na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri e a usual gravidade em concreto dos crimes por ele julgados e que justificam um tratamento diferenciado. Na verdade, está se colocando na lei processual penal o decidido em julgamentos do Supremo Tribunal Federal que, por duas vezes, admitiu a execução imediata do veredicto, tendo em conta que a decisão do Tribunal do Júri é soberana, não podendo o Tribunal de Justiça substituí-la (STF, HC nº 118.770/SP, Rei. Ministro Marco Aurélio, Rei. para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 7/3/2017 e HC nº 140.449/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 6/11/2018). (BRASIL, 2019b).

As decisões aludidas pelo expositor tramitaram no âmbito do Supremo Tribunal Federal e referem-se à execução provisória da pena no Tribunal do júri. Em síntese, ambas decisões basearam-se na cadeia de precedentes assentando que execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência e “a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade” (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018).

Contudo, embora tenha havido decisões consonantes, ou melhor, admitindo a execução da pena provisória, existem posicionamentos díspares, antagônicos, que encontram-se na contramão dos precedentes apresentados como argumento de autoridade pelo ministro da justiça, a título de amostragem as decisões proferidas nos HC



(176.229-MC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, j. 26/09/2019) e no HC (174.759-MC, de Relatoria do Min. Celso de Mello, j. 22/10/2020) (BRASIL, 2019c; BRASIL, 2020 *apud* BRASIL, 2022; MORO, 2019). Contudo, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, no controle abstrato da norma, o Supremo Tribunal Federal, sedimentou que o cumprimento de pena tão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória, reputando ser compatível com os ditames constitucionais o art. 283 do CPP (BITENCOURT, 2021; BRASIL, 2019a).

Em suma, duas correntes se alternaram no Tribunal a propósito desse tema. Uma primeira corrente entende que a presunção de inocência, como todo direito, não é absoluta, precisando ser interpretada em harmonia com outros direitos e valores constitucionais. Deve ser entendida, assim, como um princípio, comportando ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, notadamente a efetividade mínima do sistema punitivo. A possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau é o padrão adotado pela quase totalidade dos países democráticos. A corrente oposta considera a presunção de inocência uma regra rígida, a ser aplicada segundo a lógica do 'tudo ou nada', mesmo que a consequência seja um sistema penal ineficiente e constrangedoramente seletivo, recaindo, sobretudo, sobre os que não têm meios de procrastinar indefinidamente a conclusão dos processos. (BARROSO, 2023, p. 276).

Nessa, ótica ao se levar em conta os efeitos decorrentes de um decisão emanada em sede de *habeas corpus* ou de uma decisão emanada em sede de controle concentrado de constitucionalidade a declaração incidental de (in)constitucionalidade, ou seja, quando o Supremo no controle difuso, *incidenter tantum*, declara inconstitucional ou constitucional determinado artigo legal de lei ou de ato normativo, desfaz-se, desde a gênese, o ato declarado inconstitucional, contudo, os efeitos decorrentes desta decisão influem no caso em concreto, ou seja, não valem para todos os casos e principalmente não vinculam as demais instâncias (MORAES, 2022).

Em contraponto, está a decisão emanada na esfera do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade que possuem seus efeitos distintos, sendo, "em regra: *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios". (MORAES, 2022, p. 857). O que torna evidente a disparidade dos efeitos e do fardo atrelado a uma decisão proferida utilizando-se o controle abstrato da norma diante de uma decisão utilizando-se do controle *incidenter tantum*. Sendo assim, enfatizando a exegese e a hermenêutica tanto do texto constitucional, quanto do texto infraconstitucional e, tendo em conta que o cerne da controvérsia, paira a divergência hermenêutica supracitada entre norma rígida constitucional de eficácia absoluta (art. 5º, LVII da CF) e legislação infraconstitucional (art. 492, I, "e" do CPP), como, ante existência de conflito entre o art. 283 do CPP (norma infraconstitucional) e o art. 492, I, "e" do mesmo diploma legal (BRASIL, 1941; BRASIL, 1988). Tem em conta que a Constituição Federal (1988), é a lei suprema no âmbito nacional, a qual todas as legislações de hierarquia infraconstitucional, devem submissão (BITENCOURT, 2021). Além do mais, o corolário do texto insculpido no art. 5º, LVII da Constituição Federal, exige como marco do esvaziamento da presunção de inocência a preclusão do título condenatório (BITENCOURT, 2021). Nesse contexto, trânsito não possui sentido ambíguo, significa preclusão maior do título condenatório:

é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza, e, ainda que queira alterar a sua definição, continuará sempre significando 'decisão final da qual não caiba mais recurso'. (BITENCOURT, 2021, p. 35).



Para Lopes Júnior, Pinho e Rosa (2021, p. 34), “a matéria é bastante sensível e graves suas consequências, ainda que nos pareça elementar e flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo”. Consoante, “mostra-se, além de inconstitucional, absurda a pretensão de determinar o cumprimento antecipado da pena desses julgamentos”. (BITENCOURT, 2021, p. 36). O texto introduzido no art. 492, I, “e” do CPP, incorre em “inconstitucionalidade aberrante autorizar cumprimento de pena automático com decisão de primeiro grau”. (BITENCOURT, 2021, p. 36). Logo:

[...] reafirmando, assim, no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação dada pela, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri, revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII). (BRASIL, 2019a, p. 416).

Contudo, a soberania dos veredictos representa uma espécie de garantia constitucional não devendo adquirir “natureza absoluta para, contrariamente ao desenho constitucional que lhe foi dado pela Carta, prejudicar direitos fundamentais” dos acusados em processo penal, pois tem-se que a decisão proferida no julgamento de crimes dolosos contra a vida, “não se revestem de intangibilidade Jurídico-processual” encontrando-se sujeitas ao duplo grau de jurisdição e aos recursos inerentes. (LEONEL; FELIX, 2020, p. 65).

Nessa acepção, o conteúdo finalístico do art. 492, I, “e” do CPP, é a execução provisória da pena, o que como discorrido “fere de morte a presunção de inocência e é manifestamente inconstitucional”. (LEONEL; FELIX, 2020, p. 65). Nesse seguimento Lopes Junior, Rosa e Pinho (2021, p. 33), dizem que a “soberania dos jurados não é um argumento válido para justificar a execução antecipada, pois é um atributo que não serve como legitimador da prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados”. Argumentam que:

[...] ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o *periculum libertatis* e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário). (LOPES JUNIOR; ROSA; PINHO, 2021, p. 33).

Dessa forma, assevera-se que não é crível a execução da segregação cautelar, como mera decorrência do lapso temporal da pena imposta, todavia, entende-se que seria concebível caso houvesse prolação de decisão fundamentada, baseando-se na justa causa e no perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como pela ocorrência de um ou mais pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal (LOPES JUNIOR; ROSA; PINHO, 2021). Além do mais, em vista do avanço empreendido no que se atém aos métodos de punições e a finalidade da pena, verifica-se que a prisão marca “certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à ‘humanidade’.” (FOUCAULT, 2014, p. 224). Contemporaneamente não se vislumbra-se razoabilidade no emprego de tal método de punição sem que ocorra a imutabilidade do *decisum*, sob pena de inversão da lógica, primeiro punir, depois julgar, ensejando de forma direta e cabal violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da



presunção de inocência e, com reflexos drásticos inclusive ao sistema acusatório como um todo (BITENCOURT, 2021; LOPES JUNIOR; ROSA; PINHO, 2021).

Ainda assim, revela-se ser humanamente impossível reverter os efeitos de uma prisão injusta, exceto repará-la com indenização pecuniária (SWENSSON, 1988 *apud* BRITO, 2023). Além do mais, a perspectiva que compreende ser viável executar prematuramente a pena de prisão, incorre em inversão da lógica Constitucional pois o réu é, “[...] em princípio, culpado ou suspeito de alguma coisa, [...], até prova em contrário”. (DALLARI *apud* OLIVEIRA, 2013, p. 272). Percebe-se que essa ótica encontra-se na contramão do assentado na Constituição de 1988 e no Código de Processo Penal com suas inúmeras reformas. A propósito, “é possível deixar isso tudo ainda mais claro: a norma contida no Código de Processo Penal repete, de forma cristalina, o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República”. (STRECK, 2018, p. 302). Além de tudo, tanto a Lei 12.403/11, quanto a Lei 13.964/19 que conferiram a pretérita e a atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal, objetivam ao que tudo indica, “precisamente, harmonizar o Direito Processual Penal ao ordenamento constitucional, espelhando – e reforçando – o princípio da presunção da inocência”. (STRECK, 2018, p. 302).

Na elaboração da constituição fez-se “[...] uma opção que pode não ser a de outros países” (STRECK, 2018, p. 311). Mas “paciência, esta é a nossa Constituição – o legislador espelhou a tese de que prisão, no sentido processual da palavra, só depois do trânsito em julgado”. (STRECK, 2018, p. 311). “E depois que alcançamos esse patamar, o Judiciário não pode dizer mais do que a Constituição” (STRECK, 2018, p. 311), nem o legislador derivado por força de cláusula pétrea dizer contrário ao legislador originário.

Fugindo um pouco do trajeto central percorrido, contudo concêntrico com o tema em análise, a título de amostragem, o Brasil possui uma população carcerária em números expressivos, aproximadamente 671.000 pessoas privadas de liberdade enquanto a capacidade projetada é para 481.835 pessoas (BRASIL, 2023a; BRASIL, 2023b). Dessas pessoas presas, cerca de 313.953 pessoas estão em execução definitiva (com trânsito em julgado), 203.061 pessoas em prisão provisória (cautelar) e outro tanto, cerca de 150.121 pessoas em execução provisória (sem trânsito em julgado) (BRASIL, 2023a).

Verifica-se que as cadeias estão abarrotadas de pilhas e pilhas de seres humanos sem condenação em definitivo, mais da metade dos presos como extraído dos dados catalogados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2023 (BRASIL, 2023a). O desafio correlato é como ressocializar alguém que não se encontra definitivamente condenado, ou seja, não se tem convicção absoluta de que de fato são delinquentes, ou melhor, infratores, transgressores da norma penal incriminadora, culpados na linguagem vulgar (BITENCOURT, 2021; BRASIL, 1941; DELMANTO, 2022; LOPES JUNIOR, 2022). Esse cenário reflete na afirmação de que deve-se executar apenas o título condenatório precluso cujo *status* de culpa encontra-se formado (BITENCOURT, 2021; BRASIL, 1941; LOPES JUNIOR, 2022). Ora pois, se ao final dos anos de reclusão o indivíduo for absolvido, isso ensejará em indenização por parte do Estado, ainda assim, não se sabe o preço da liberdade e se essa condição possui, mas o valor é inestimável (BRITO, 2023). Outrora, se aquele que for preso em definitivo, com culpa lastreada em um título precluso, vier a ser ressocializado, a finalidade precípua da aplicação da pena “terá sido atingida: a reintegração social do condenado”. (DELMANTO, 2022, p. 173). Evidentemente não se deve ter em conta apenas o trânsito em julgado como validador de uma prisão justa ou



injusta, mas o respeito despendido em favor da preservação da segurança jurídica e das regras processuais e constitucionais.

Por fim, tecidas considerações sobre o conceito, sobre o alcance e sobre as principais discussões envolvidas ao princípio da presunção de inocência, seja no âmbito legislativo, no âmbito do judiciário ou no âmbito da doutrina, vislumbrou-se que o ora referido princípio alberga a finalidade de assegurar que qualquer pessoa seja considerada inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tendo justamente como fito resguardar os direitos em especial de alguém submetido a um processo na esfera penal, imunizando-o de eventuais arbitrariedades do Estado, ou melhor, evitando que alguém venha cumprir uma pena injustamente, permanecendo-se o acusado em matéria penal, com o *status* de inocente e não devendo ser recolhido ao cárcere até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema albergado na presente pesquisa e seu cerne, retorna à divergência hermenêutica supracitada entre os arts. 5º, LVII da Constituição Federal c/c art. 283 do CPP e o famigerado art. 492, I, “e” do CPP. E assim, em não estando presentes os requisitos autorizadores de uma prisão cautelar, questiona-se, se a inserção da execução provisória da pena contida no art. 492, I, “e”, do CPP, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Com o objetivo de assentar uma possível resposta para o questionamento, elegeu-se como hipótese de pesquisa a possibilidade de se considerar ser juridicamente inválida a antecipação imediata da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. Pois o desenho estampado na Constituição (1988) é o parâmetro paradigmático que se deve levar em conta na interpretação da norma posta e na construção de outras de leis. Qualquer que seja a lei, jamais poderá afastar-se ou abandonar a observância dos parâmetros constitucionais. Ademais, as normas devem respeitar o texto constitucional, jamais podendo submetê-la a restrição em detrimento de texto infralegal, sob pena de incursão no vício da inconstitucionalidade.

Nesse contexto, não se pode subverter a ótica exegética de um princípio em detrimento de outro. A soberania dos veredictos, não implica na exclusão do princípio da presunção de inocência. Outrora, o Constituinte originário consagrou como bem quis, com os poderes que lhe incumbiam, deixando evidente o termo trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O texto introduzido pelo Pacote Anticrime e seu figurino permeiam o campo da inconstitucionalidade.

Não se pode olvidar que a preclusão do título condenatório somente se verifica com a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal. Só daí, deve-se iniciar a execução penal. De tal sorte que a execução provisória da pena, sem que ocorra o trânsito em julgado, é a antecipação da culpa, expressamente vedada por cláusula pétrea. A execução antes do transcurso da preclusão maior deve observância ao art. 312 do CPP, jamais ter como requisito o *quantum* da pena imposta, seja em abstrato ou em concreto.

A dogmática jurídica constitucional é incontroversa. Ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado do título penal condenatório. No mais, da análise minuciosa dos precedentes jurisprudenciais, dos eventos históricos, dos pressupostos e dos conceitos, atrelados ao tema, conclui-se que a presunção de inocência não obsta a soberania dos veredictos de forma que a antecipação imediata da



execução provisória da pena, no tribunal do júri, levando em conta a análise constante no presente artigo, é inconstitucional.

Ainda, o preceito constitucional da presunção de inocência, deve ter interpretação lógica, vez que se trata de norma rígida, ou seja, impassível de modificação. Além do mais, se o objetivo ontológico da norma é estabelecer a obrigatoriedade de executar-se a pena de prisão, mesmo que ausentes os requisitos cautelares da prisão preventiva, em uma verdadeira antecipação da execução da pena. Atinasse-se que a norma infralegal encontra-se dotada de nulidade.

Nesse contexto, a hipótese elencada no projeto de pesquisa corroborou-se, por cuidar-se de norma rígida elevada ao patamar constitucional a presunção de inocência, não pode sofrer limitações em seu cerne. Contudo, da análise auferida no presente, revela-se no mínimo temerário afirmar ou concluir algo, estabelecendo ser essa ou aquela perspectiva unívoca, seja tanto levando em consideração a inexistência de pacificação do tema, quanto levando-se em conta a exiguidade de páginas destinada ao fim almejado, restando-se nesse momento a sugestão de que se aguarde a prolação de uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal que poderá pacificar o tema.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas**: Ordenações e leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d'el Rei Filipi, o Primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957.

ANDREUCCI, Ricardo A. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BICUDO, Tatiana V. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Reforma Penal sob a Ótica da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019)**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. Brasília: Edições Câmara, 2013. – (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 04 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP 2.0**: Estatísticas dos presos no Brasil, 2023. Brasília, 2023a. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 7 de out. de 2023.



\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, 3 out. 1941. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Rio de Janeiro, 11 dez. 1823. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. 11 jul. 1984. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. Secretária Nacional de Políticas Prisionais. **Relatório de Informações Penais: 14º Ciclo - Período de Janeiro a Junho de 2023**. Brasília, 2023b. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1- semestre-de-2023.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6735**. Impetrante: Associação Brasileira Dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**. Impetrante: PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 nov. 2019a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 118.770**. Paciente: Marcel Ferreira de Oliveira. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Coatora: Relatora do HC n. 120241 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 140.449**. Paciente: Daniel Buexm Pinheiro. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt. Coator: Relator do HC n. 387067 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 06 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 174.759**. Paciente: Aluizo Passos Araujo. Impetrante: Oseas de Sousa Rodrigues Filho. Coator: Relator do HC n. 528.469 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 176.229**. Paciente: Wallace Ribeiro Vasconcelos. Impetrante: Marcos Felliipe Vitorino Correia. Coator: Relator do HC n. 534.587 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 set. 2019c.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1235340**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Joel Fagundes da Silva. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei n. 882 de 2019**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 1o de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Autor: Poder Executivo. Brasília, 19 fev. 2019b.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2023.

CAMPOS, Walfredo C. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**. 4. ed. Barueri: Grupo GEN, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2023.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOULART, Fábio R. **Tribunal do júri: Aspectos críticos relacionados à prova**. Barueri: Grupo GEN, 2008.

LEONEL, Juliano De Oliveira, FELIX, Yury. **Tribunal do Júri: Aspectos Processuais**. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Barueri: Grupo GEN, 2022.

MORO, Sérgio. **CCJ - Sérgio Moro fala sobre pacote anticrime - 27/03/2019**. [Arquivo de vídeo]. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). 20 ago. 2019. 218 min. Publicado pelo canal TV Senado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/live/viRikO487oQ?feature=share>>. Acesso em: 30 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

OLIVEIRA, James E. **Constituição Federal Anotada e Comentada**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013

PALMA, Rodrigo F. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2022.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 6. ed. Barueri: Grupo GEN, 2018.



ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos**: Uma Radiografia do STF. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei. FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WESTIN, Ricardo. 1º Código Penal do Brasil fixou punições distintas para livres e escravos. **Agência Senado**, Brasília, 4 dez. 2020. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-190-anos-1o-codigo-penal-do-brasil-fixou-punicoes-distintas-para-livres-e-escravos?utm\\_medium=share-button&utm\\_source=whatsapp](https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-190-anos-1o-codigo-penal-do-brasil-fixou-punicoes-distintas-para-livres-e-escravos?utm_medium=share-button&utm_source=whatsapp)>. Acesso em: 04 ago. 2023.



## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÕES COLETIVAS: CRÍTICAS AO RESP 1.974.436-RJ E AO RESP 1.986.814-PR

Felipe Cidral Sestrem<sup>1</sup>

**Resumo:** Esse artigo, classificado como crítica à jurisprudência, debate, sob uma perspectiva pragmática, histórica e dedutiva, os recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.974.436-RJ e REsp 1.986.814-PR) na fixação de honorários advocatícios em ações coletivas. O cerne do debate é a possibilidade de associações e fundações privadas obterem ganhos financeiros à título de sucumbência (i.e. honorários advocatícios) por meio do patrocínio de causas públicas. A segmentação proposta no debate crítica é a possibilidade de extensão desse entendimento às entidades sindicais. Questiona-se: é possível aos sindicatos, no patrocínio de ações civis públicas, romper a interpretação habitual do art. 18 da Lei Federal n. 7.347/1985 e o entendimento estabelecido no EAREsp 962.250/SP para obterem honorários advocatícios nas procedências das demandas coletivas? A proposta do trabalho é refutar essa intenção, mantendo-se a interpretação padrão fulcrada na simetria, que prestigia o acesso à justiça e a ampla deliberação e o amplo debate públicos, rejeitando-se essa interpretação extensiva de modo a manter o entendimento tradicional adotado pela Corte Cidadã.

**Palavras-chave:** Honorários advocatícios. Ações Civis Públicas. Interpretação extensiva. Simetria.

**Abstract:** This paper, classified as a critique of jurisprudence, debates, from a pragmatic, historical and deductive perspective, the recent positions of the Superior Court of Justice (REsp 1.974.436-RJ and REsp 1.986.814-PR) in setting legal fees in class actions. The core of the debate is the possibility of private associations and foundations obtaining financial gains by way of succumbence (i.e. attorney and counsel fees) through the sponsorship of public causes. The segmentation proposed in the critical debate is the possibility of extending this understanding to union entities (labor unions; trade unions). The question arises: is it possible for unions, when sponsoring public civil actions or class actions, to break the usual interpretation of art. 18 of Federal Law n. 7.347/1985 and the understanding established in EAREsp 962.250/SP to obtain attorney fees in the proceedings of collective demands? The proposal of the work is to refute this intention, maintaining the standard interpretation based on symmetry, which honors access to justice and broad deliberation and public debates, rejecting this extensive interpretation in order to maintain the traditional understanding adopted by the Citizen Court.

**Keywords:** Attorney fees. Class Actions. Extensive interpretation. Symmetry.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo, classificado como crítica à jurisprudência, debate, sob uma perspectiva pragmática, histórica e dedutiva, os recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.974.436-RJ e REsp 1.986.814-PR) na fixação de honorários advocatícios em ações coletivas.

O trabalho apresenta críticas quanto à aplicação ou inaplicação desse dissenso jurisprudencial pontual que afastou o entendimento habitual do Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação da Lei Federal n. 7.347/1985, especialmente do art. 18.<sup>2</sup>

1. Procurador do Município de Joinville. Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-CCJ/UFSC). Pós-graduado em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ/RJ) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5562093009346927> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359> E-mail: [felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br](mailto:felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br)

2. Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.



A proposta apresentada é desenvolvida em pesquisa exploratória, simplificada, na doutrina nacional e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sob uma metodologia dedutiva.

O percurso adotado busca revisitar o entendimento tradicionalmente adotado na jurisprudência a partir dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 962.250-SP, que promoveu interpretação principiológica do art. 18 da Lei de Ação Civil Pública a fim de prestigiar também a regulação atinente à imposição de verbas sucumbenciais aos atores processuais que estejam de boa-fé.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado perante a Corte Especial, em agosto de 2018, consolidou posicionamento fracionário já defendido ao longo dos anos, com julgados da Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turmas da Corte Cidadã proferidos ao longo dos anos de 2016 e 2017, que remetiam a precedentes anteriores.

Ocorre que, em 2022, ao avaliar causas nas quais houve atuação de associações privadas de defesa de consumidores, que desenvolviam atividades sem quaisquer financiamentos públicos ou fontes de renda habituais, em muito dos casos em detrimento dos interesses de grandes conglomerados empresariais (a exemplo do que foi visto no REsp 1.974.436-RJ, cuja parte adversa era a Pepsico do Brasil Ltda.), a Terceira Turma promoveu um dissenso na jurisprudência até então pacífica para compreender que haveria uma ruptura à simetria quando da não condenação desses conglomerados no pagamento de verbas sucumbenciais dado o êxito de pretensões favoráveis aos consumidores e à coletividade.

Por arrastamento outras entidades qualificadas como privadas têm buscado na Justiça a extensão dessa interpretação: é o caso dos sindicatos.

Tratando-se de trabalho voltado ao debate crítico da jurisprudência, tecendo comentários a partir da doutrina e de prévios trabalhos que abordam as categorias de base dos entendimentos jurisprudenciais em conflito, o artigo se propõe a debater o problema relacionado à possibilidade de extensão aos sindicatos desse dissenso jurisprudencial dos REsp 1.974.436-RJ e REsp 1.986.814-PR, ainda sem posicionamento derradeiro por parte do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo é estruturado em três partes: a primeira delinea os aspectos gerais do precedente Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 962.250-SP. A segunda apresenta o dissenso pontualmente, abordando os aspectos fáticos relacionados ao debate sobre as associações privadas e a ruptura do princípio da simetria. O terceiro apresenta as críticas a esse entendimento jurisprudencial, debatendo-se a temática de fundo quanto à (im)possibilidade de extensão do dissenso à figura das entidades sindicais.

A conclusão proposta é justamente a inadequação dessa ampliação do entendimento excepcional do Superior Tribunal de Justiça por conta da peculiaridade das entidades sindicais, que mais se aproximam das instituições públicas protagonistas das ações coletivas do que propriamente das associações privadas, que foram objeto da análise dos casos jurisprudenciais criticados.

Haveria, portanto, uma não similitude fática dos casos concretos hábil a refutar a aplicação do dissenso jurisprudencial para a fixação da sucumbência dos sindicatos.



## 1. EARESP 962.250-SP: O ENTENDIMENTO HABITUAL DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 18 DA LEI FEDERAL N. 7.347/1985

Em fevereiro de 2002 o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face de Luiz Carlos Bento objetivando tutelar dano ambiental em área de preservação permanente localizada em propriedade rural, no Município de Cajuru/SP.

Posteriormente houve declínio da demanda à Justiça Federal, reatuada com o n. 2004.61.02.002417-0, com integração da União à lide, por se tratar de área de interesse de órgão federal (margens do Rio Pardo, área federal, cf. art. 20, III, da CF/88).

A sentença julgou procedentes os pedidos para abstenção de exploração de APPs nas margens de rio, ainda que em gleba ocupada, demolindo-se construções realizadas, assim como para determinar a recomposição da cobertura vegetal. Ao final, fixou honorários advocatícios no percentual de 10% do valor dado à causa.

Houve recurso abordando diversos pontos, inclusive a fixação da verba honorária, que foi acolhido no âmbito do TRF3ª Região parcialmente, dada a violação ao princípio da simetria insculpido no art. 18 da Lei Federal n. 7.347/1985, excluindo-se a condenação sucumbencial. Citou julgados da Primeira e da Segunda Turmas do STJ, ambos de 2013 (REsp 1.302.105-SC; AgRg no AREsp 221.459-RJ), remontando casos de 2009 e o posicionamento dos EREsp 895.530-PR<sup>3</sup>.

A União interpôs recurso especial em Julho de 2015 pugnando pela condenação do autor no pagamento de honorários advocatícios, buscando interpretar o quanto disposto no art. 18 da Lei de Ação Civil Pública e sua interação com o art. 20 do à época Código de Processo Civil de 1973. A tese principal era de que, no silêncio da legislação especial que trata das ações coletivas sobre a sucumbência favorável ao autor, a regra que deveria ser aplicável é a da legislação processual civil geral.

A *ratio essendi* por trás da edição dos dispositivos do art. 17 e 18 da Lei Federal n. 7.347/1985 seria, na visão da tese supracitada, a de evitar a inibição dos legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais, aplicando-se interpretação teleológica aos dispositivos.<sup>4</sup> Essa era uma lógica pouco explorada, dado o fato de que as ações civis públicas eram habitualmente manejadas pelo *Parquet*, que não pleiteava honorários. Pontualmente existiriam casos nos quais houve a fixação de honorários advocatícios

3. Nesse precedente histórico de 2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou embargos de divergência oriundos do Estado do Paraná, em causa patrocinada pelo Ministério Público paranaense para a tutela da probidade administrativa, na qual havia o debate quanto à possibilidade de fixação de honorários advocatícios em favor do órgão ministerial. No julgamento de Agosto de 2009 abordou-se pontualmente o princípio da simetria, refutando-se um duplo regime da sucumbência nas ações coletivas. Pontualmente, citou-se entendimento divergente no REsp 845.339-TO, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Data de julgamento: 15 de outubro de 2007. A grande questão é que o julgado em análise **REsp 895.530-PR**, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, Data de julgamento: 26 de agosto de 2009, trata da regulação do regime de honorários em causas relacionadas ao Ministério Público.

4. Nesse julgamento o Superior Tribunal de Justiça reforçou o entendimento histórico até então vigente, maturada desde o ano 2000, de que seria aplicável a regra geral sucumbencial, do Código de Processo Civil, aos casos de procedência de ações civis públicas. Esse entendimento alinhava-se com a regra de isenta o adiantamento de custas e honorários por parte do Ministério Público; em última análise a isenção do adiantamento representaria a exoneração do eventual reembolso e, portanto, a própria ausência do dever de condenação da parte ré vencida (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentários por artigo. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 485-486). No caso em questão, o Superior Tribunal de Justiça rememorou o julgamento do REsp 237.767-SP que seguia essa mesma interpretação, inclusive aplicável aos casos de extinção da ação coletiva sem solução meritória (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 845.339-TO**, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 18 de setembro de 2007)



mesmo em favor do Ministério Público, inclusive em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça.<sup>5</sup>

No EAREsp 962.250-SP debateu-se se a isenção do pagamento de honorários advocatícios beneficiaria apenas o autor, sucumbente ou vencedor, ou também seria extensível ao réu, quando o patrono da causa seja pessoa jurídica de direito público ou, inclusive, entidade associativa, que não o Ministério Público.

A solução do Superior Tribunal de Justiça foi justamente aplicar o princípio da simetria para autores e réus, indistintamente, remontando à ideia secundada nos Embargos de Divergência oriundos do Paraná, de 2009, no sentido de inexistir a possibilidade de aplicar-se dois regimes jurídicos sucumbenciais para reger a mesma relação jurídica de direito público.<sup>6</sup>

## **2. O DISSENSO PONTUAL: ASSOCIAÇÕES PRIVADAS E A RUPTURA DE SIMETRIA DA LEI N. 7.347/1985 A PARTIR DOS RESP 1.986.814-PR E 1.974.436-RJ**

No REsp 1.986.814-PR, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça proveu recurso especial da Associação Paranaense de Defesa dos Direitos do Consumidor – APDC – contra o Banco do Brasil por violação ao tempo máximo de espera para atendimento de consumidores em estabelecimentos.

O cerne da discussão, a partir da ótica da pretensão recursal, é dar um tratamento diferenciado para autores públicos e autores privados.

A análise decorreu justamente da necessidade de financiamento de ações de defesa coletiva. Consignou-se no julgado que a APDC não possuía fins lucrativos e que, sob uma leitura moderna do acesso à justiça, a partir das lições de José Joaquim Calmon dos Passos e de Roberto Armando Ramos de Aguiar, o elemento custo da demanda ou do litígio deveria ser ponderado. Sob o enfoque do precedente, a efetividade da proteção judicial reclamaria fixar honorários advocatícios para a APDC, associação privada sem fins lucrativos que tutela direito dos consumidores em face de instituições com alto poderio financeiro, assim como as diferentes possibilidades das partes.<sup>7</sup>

---

5. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 237.767-SP**, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma. Brasília/DF. Data do julgamento: 3 de outubro de 2000.

6. Tal entendimento pautou-se nos julgamentos da Primeira e Segunda Turma, especialmente no **AgInt no REsp 1.531.504-CE**, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Data de Julgamento: 15 de setembro de 2016.

7. Essa expressão é abordada no voto-vista, a partir das lições de Alexandre Amaral Gavronski. “De fato, através desse ângulo de visão, inexistente simetria, seja ela jurídica ou econômica, se comparada uma associação – cujo escopo é a defesa dos interesses e direitos de determinadas categorias de pessoas vulneráveis, às quais o próprio ordenamento confere tratamento diferenciado (a exemplo dos consumidores, idosos, pessoas com deficiência, etc), além de não possuírem fins lucrativos – com as partes demandadas em ações coletivas, que, em regra, são instituições financeiras e grandes grupos econômicos ou até mesmo em cotejo com os demais legitimados constantes do rol do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 que são entes governamentais, cujo aparato lhes confere o integral e efetivo acesso à justiça [...] Concernente às associações, convém ressaltar que estas não possuem capacidade postulatória, devendo, por isso, serem representadas por advogado para ingressarem em juízo na busca da tutela coletiva de determinada categoria ou grupo por elas representados, do que se extrai que, para o amplo e efetivo acesso à justiça em tal conjuntura, revela-se necessário serem devidamente remunerados os seus causídicos, com os honorários sucumbenciais que lhes sejam devidos, notadamente sob o prisma constitucional de que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da Carta Magna)” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.986.814-PR**, rel. Min. Nancy Andrighi. Trecho do Voto-Vista do Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 4 de outubro de 2022).



O direcionamento do julgado (*similitude fática*) se deu favor da proteção da sociedade civil organizada quando no patrocínio e tutela de bens coletivos, por conta da ausência de capacidade postulatória, da inexistência de habitualidade no ajuizamento de demandas coletivas e, ainda, por reduzidos recursos financeiros.

No mesmo sentido, inclusive em julgamento citado ao final do primeiro precedente, no REsp 1.974.436-RJ, da lavra da mesma relatora Min. Nancy Andrichi, debateu-se demanda coletiva para alteração do rótulo e de informações nutricionais do produto Toddy Light da empresa PepsiCo do Brasil Ltda. por conta de alterações em RDC da ANVISA. A demanda havia sido intentada por Associação Estadual de Amparo ao Consumidor e ao Cidadão contra as Práticas Abusivas – APRODEC.

O julgamento contou com a mesma redação proposta na decisão inicialmente analisada sem, contudo, apresentar o voto-vista complementar. O julgamento é oriundo da mesma Terceira Turma, não consignando na fundamentação a análise de elementos relativos ao poder econômico-financeiro da recorrente, tampouco aspectos individuais da recorrida entidade defensora dos direitos dos consumidores no plano estadual.

Nada obstante, uma vertente do *distinguishing* promovido parece clara: tratar-se de instituições estritamente privadas, sem fins lucrativos, que tutelam direitos dos consumidores de forma não habitual, sem corpos jurídicos próprios, com expertise e competência técnica recorrente no confronto de teses coletivas.

### **3. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTENSIVA DO DISSENSO JURISPRUDENCIAL AOS SINDICATOS**

A proposta desse trabalho é avaliar a potencial extensão desse entendimento jurisprudencial, das distinções acima debatidas no item 2., aos sindicatos.

É recorrente na Comarca de Joinville/SC, em ações coletivas ajuizadas por instituições sindicais, a pretensão do recebimento de honorários advocatícios, fulcradas nas distinções acima suscitadas.

Defende-se nessa arguição científica, que os sindicatos se enquadram numa condição fática diferente da moldura utilizada para se promover a distinção do precedente vinculante definida no EAREsp 962.250-SP.

O primeiro ponto da abordagem diz respeito justamente ao caráter vinculante da definição. Por força da qualificação do órgão prolator da decisão no EAREsp 962.250-SP, produto do Órgão Especial do STJ, a decisão possui natureza obrigatória, quanto a sua observância por parte do Poder Judiciário, nos termos do inciso V do art. 927 do CPC/15.

A sua não aplicação somente pode ocorrer nos estritos casos excepcionados por parte do Superior Tribunal de Justiça em distinções, que se vinculam aos casos concretos e jurídicos para as quais foram realizadas (i.e. similitude fática e similitude jurídica das distinções essencialmente relevantes).

O segundo ponto da abordagem, que aponta para a impossibilidade de extensão da distinção às entidades sindicais, está vinculado à *ratio decidendi* da própria distinção invocada: entidades sindicais não compõem a sociedade civil organizada para a qual o precedente buscou a proteção e a tutela. Conquanto a ementa do REsp 1.974.436-RJ refira-se às associações privadas, a natureza estritamente privada da instituição patrocinante da causa não induz, por si só, o Juízo à excepcionar a regra geral e determinar o pagamento de honorários advocatícios em ação coletiva com fundamento no CPC/15, art. 85.



É fato que instituições sindicais possuem, de forma habitual, contratos de representação jurídica com escritórios altamente especializados na matéria de defesa, especialmente na atuação coletiva, tanto do ponto de vista civilista, quanto do ponto de vista do direito do trabalho; a questão afigura-se periclitante quanto à procedência da tese de distinção quando a especialização desses escritórios de representação seja justamente o patrocínio de causas coletivas ou acidentalmente coletivas, a exemplo das ações individuais para a tutela de direito individual homogêneo indisponível. Aqui o elemento da capacidade postulatória é colocado em xeque, assim como a habitualidade no patrocínio de causas coletivas que afasta a possibilidade de condenação dos demandados/réus no pagamento dos honorários.

O terceiro e último elemento que depõe contra a extensão da distinção às entidades sindicais é condição econômico-financeira dessas instituições. Diferentemente das associações privadas sem fins lucrativos que não auferem habitualmente verbas para a manutenção de suas atividades e para o patrocínio de causas, entidades sindicais compõem o macrossistema das associações sindicais regulado pelo Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, possuindo diversas fontes de custeio e de renda.

Por fim, entidades sindicais habitualmente não patrocinam interesses tipicamente públicos, isso é, interesses difusos. Grande parte de suas demandas coletivas direcionam-se à tutela de direitos coletivos *lato sensu* e de direitos individuais homogêneos.

Admitir-se a fixação de honorários em favor de sindicatos, por força da interpretação sistemática das normas gerais processuais civis que igualmente incidem nos processos coletivos, especialmente o disposto no art. 139, inciso I, do CPC/15, que assegura “às partes igualdade de tratamento”, seria por simetria admitir a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em favor de entes públicos integrantes que titularizem ativamente relações processuais (i.e. União; Estados e Municípios).

Ocorre que no próprio julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 962.250-SP o Superior Tribunal de Justiça refutou o argumento deduzido pela União no corpo do REsp de que a única hipótese de afastamento da sucumbência a partir do art. 18 da Lei Federal n. 7.347/1985 seria ao *parquet*, em razão de suas funções institucionais e por restrição de aplicação do art. 22 da Lei Federal n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) exclusivamente aos membros do Ministério Público.

Por essas razões, torna-se impossível a aplicação extensiva do dissenso jurisprudencial em estudo aos sindicatos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo da exposição apurou-se que a construção do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação de honorários advocatícios em causas coletivas em favor dos autores é estrutura numa visão principiológica, buscando desestimular ganhos financeiros, especialmente porque os principais atores dessa espécie de instrumentos (i.e. Ministérios Públicos) não detém autorização legislativa para obtenção de verba honorária.

Com a devida vênia, o entendimento traduz exceção pontual, tomadas em consideração as condições do caso concreto, mormente o caráter transnacional da pessoa jurídica demandada e sua capacidade econômico-financeira.



O argumento principal utilizado nos julgados foi a ampliação do acesso à justiça, sob o aspecto material, como justificativa para excepcionar o princípio da simetria e determinar a aplicação direta do Código de Processo Civil.

Discorda-se do dissenso promovido. Elementos éticos ou políticos que imponham a relativização da *ratio decidendi* formada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, conquanto possam traduzir questões de justiça relacionadas ao caso concreto, não podem desviar a jurisprudência do seu caráter uniforme.

Fora isso, ainda que uma das preocupações do acesso à justiça seja justamente o custo do processo, excepcionar a regra de não aplicação de sucumbência para causas coletivas, na visão particular desse trabalho, em nada contribui para o aumento da solução dessas causas nesse microssistema: ao revés, cria incentivo à produção de demandas pseudo-coletiva, voltadas mais à obtenção de honorários advocatícios e ao enriquecimento de bancas de advocacia que possuam essa expertise do que, tecnicamente, a tutela efetiva do patrimônio público e do interesse público.

*Mutatis mutandis*, a valer esse entendimento, a transposição também poderia alcançar as estruturas das advocacias públicas federal, estaduais e municipais, justamente porque devem ser remuneradas, em pé de igualdade, com particulares que objetivem a tutela coletiva; com a advertência de que essa perspectiva já fora abordada no EARESP 962.250-SP.

Transpondo-se essa discussão à figura dos sindicatos, não se compreende possível a extensão da exceção dos REsp 1.974.436-RJ e REsp 1.986.814-PR às associações sindicais. Muito embora sindicatos sejam estruturados sob a natureza jurídica de associações privadas, possuem outro *múnus* e são remunerados de forma muito diversa daquela pela qual associações privadas de defesa de consumidores o são; não há paridade fática a justificar essa atração.

Por isso, defende-se, na linha do que já exposto no AgInt no REsp 1.818.864-SC<sup>8</sup> e no AgInt nos EDcl no REsp 2.055.416-SC<sup>9</sup>, a aplicabilidade do precedente geral do Superior Tribunal de Justiça firmado no EARESP 962.250-SP aos sindicatos quando em defesa e tutela de interesses públicos em litígios coletivos, vale dizer, a aplicação do princípio da simetria, com o afastamento da regra geral do CPC/15, de modo a isentar o

---

8. No caso citado, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu que, avaliando-se ações civis públicas ajuizadas por entidades sindicais, aplica-se a regra geral do princípio da simetria, não podendo ser excepcionada a regra de isenção de honorários advocatícios (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.818.864-SC**, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 22 de abril de 2020).

9. “Cuida-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo SINTESPE em desfavor do ESTADO DE SANTA CATARINA, cuja sentença de improcedência (fls. 208/211) foi posteriormente reformada pelo Tribunal de origem (fls. 282/286), impondo-se ao réu a condenação em honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa (fls. 355/357). Conforme consignado na decisão ora agravada, que deu provimento ao apelo nobre do ESTADO DE SANTA CATARINA, a hipótese não admite a condenação deste ao pagamento da referida verba honorária [...] Acrescente-se, outrossim, que os julgados indicados pela parte ora agravante em suas contrarrazões (fls. 506/514) e no presente agravo interno – REsp n. 1.986.814/PR (relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 18/10/2022) e REsp n. 1.796.436/RJ (relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/6/2019) – bem como aqueles apontados no parecer ministerial (fls. 552/558) – REsp n. 1.974.436/RJ (relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 25/3/2022), AgInt no REsp n. 1.818.864/SC (relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/4/2020) e REsp n. 1.796.436/RJ (relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/6/2019) – encontram-se ultrapassados, não mais retratando a moderna jurisprudência deste Superior Tribunal, de modo que incide na espécie a Súmula 83/STJ” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp 2.055.416-SC**, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 25 de setembro de 2023).



autor do recebimento de honorários advocatícios por êxito ou ausência de êxito na pretensão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp 2.055.416-SC**, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 25 de setembro de 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.818.864-SC**, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 22 de abril de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça **EARESP 962.250-SP**, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial. Brasília/DF. Data do julgamento: 15 de agosto de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 895.530-PR**, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, Data de julgamento: 26 de agosto de 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 237.767-SP**, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma. Brasília/DF. Data do julgamento: 3 de outubro de 2000.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 845.339-TO**, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 18 de setembro de 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.974.436-RJ**, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 22 de março de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.986.814-PR**, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília/DF. Data do julgamento: 4 de outubro de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentários por artigo. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.



## O EXAME CRIMINOLÓGICO ESTÁ DE VOLTA, A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NUNCA FOI EMBORA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI 14.843/24

Ícaro Machado Pereira Pedroso<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a relação entre o exame criminológico e a criminologia positivista, apresentando os fundamentos capazes de demonstrar a permanência da escola lombrosiana na legislação penal atual através da Lei nº 14.843/24, visando denunciar a irracionalidade do positivismo e do culto à pseudociência que ditam os rumos dos encarcerados no Sistema Prisional brasileiro.

**Palavras-chave:** Criminologia Positivista. Exame Criminológico. Lei nº 14.843/24.

**Abstract:** This article aims to analyze the relationship between criminological examination and positivist criminology, presenting the foundations capable of demonstrating the permanence of the Lombrosian school in the current penal legislation through Law No. 14,843/24, aiming to denounce the irrationality of positivism and the cult of pseudoscience that dictate the course of inmates in the Brazilian Prison System.

**Keywords:** Positivist Criminology. Criminological Examination. Law nº 14.843/24.

### INTRODUÇÃO

Deste muito tempo a questão criminal é objeto de interesse dos estudiosos, tendo como marco referencial a passagem do Estado absolutista feudal para o Estado liberal capitalista.

Surgiu, então, a Escola Clássica, que através do racionalismo que pautava o contrato social, e a ideia de igualdade perante as leis, dizia que o crime era um ente jurídico, e que o criminoso, portanto, era aquele que, amparado no seu livre arbítrio, decidia conscientemente violar o regramento social.

Propostas de reformas que humanizassem o sistema criminal foram apresentadas por Cesare Beccaria, defendendo o fim do suplício e das irracionalidades comuns ao período feudal.

O crime, contudo, ainda acontecia, com níveis de aumento alarmantes, fazendo com que a Escola Clássica perdesse força e tivesse seus ideais desconstruídos ao longo do tempo.

O discurso científico tomou lugar, e a questão criminal passou a ser também uma questão médica quando Cesare Lombroso publicou sua obra “O Homem Delinquente”, e a sua ideia de criminoso nato, através de análises sociais e biológicas dos desviantes da época, surgindo, então, o Positivismo Criminológico.

Expressões como causas e determinações do crime, periculosidade e personalidade do agente, diagnósticos e prognósticos de reincidência passaram a ser comuns nas ciências criminais.

Entretanto, assim como a Escola Clássica, a Escola Positivista também foi superada por estudos modernos, que apresentaram as contradições metodológicas do positivismo.

Sua herança, contudo, ainda é presente na legislação penal e no senso comum brasileiros, sendo facilmente verificável no Código Penal e na Lei de Execução Penal,

---

1. Advogado. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Justiça Restaurativa pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina e em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: [icaro-ppedroso@hotmail.com](mailto:icaro-ppedroso@hotmail.com).



como na fixação da pena considerando a personalidade do agente, ou na exigência de realização do exame criminológico para progressão de regime, por exemplo.

Assim, o presente artigo pretende demonstrar um dos tantos focos da epidemia positivista no solo brasileiro, dividindo-se em três partes: na primeira, foram demonstrados os percursos que levaram à criação e a suposta superação da Criminologia Positivista. No segundo capítulo, é apresentado o conceito de exame criminológico, suas funções e seus trajetos percorridos na legislação pátria. Por fim, são apresentadas as correlações entre o positivismo e o exame criminológico, demonstrando, através da análise da Lei 14.843/24, a ainda tão presente influência lombrosiana no pensamento criminal, a fim de denunciar a irracionalidade que dita os rumos da população carcerária brasileira.

## 1. BREVE INTRODUÇÃO À CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

Não se pretende, aqui, traçar uma linha do tempo criminológica, tampouco contar a história do crime e das punições. Mas para que se chegue ao cenário atual da política penal brasileira, é necessário que sejam dados alguns passos atrás.

Nesse ponto, tem-se como marco referencial das ciências criminais da Modernidade a obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, que “não apenas delinea a principiologia humanista do direito penal e processual penal, mas realiza sua adequação com a filosofia política do contratualismo” (CARVALHO, p. 31).

Assim, dá-se origem a Escola Clássica, cujo marco histórico aconteceu na passagem do Estado absolutista e feudal para o Estado de Direito capitalista e liberal (CARDOSO, 2018).

É através do contrato social, portanto, que o Estado e as leis serão fundamentados.

Pautada no racionalismo, que segundo Juarez Cirino dos Santos (2022, p. 51), era a “forma ideológica oposta aos dogmatismos rígidos da ideologia feudal”, a Escola Clássica passou a denunciar as arbitrariedades e crueldades do sistema penal do antigo regime, reivindicando, ainda, a garantia da segurança jurídica e, finalmente, o fim do suplício como pena (CARDOSO, 2018).

Dessa forma, conclui-se que a ideologia racionalista e, portanto, a Escola Clássica, tinha sua forma jurídica como um modelo de proteção dos direitos humanos (CIRINO DOS SANTOS, 2022), buscando a humanização e instrumentalização utilitária das penas, através do princípio da legalidade (CARDOSO, 2018).

A partir do racionalismo, a forma jurídica da ideologia burguesa se fundamentará em duas premissas, quais sejam “a) igualdade geral perante a lei; b) responsabilidade individual pelo comportamento social” (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 56).

Sobre essas premissas, conclui o professor Juarez Cirino dos Santos (2022, p. 56):

A liberdade de decisão do ser racional é a base dessa responsabilidade individual, e a ordem social estruturada segundo os critérios de utilidade da conduta individual (e não na origem de casta ou estirpe, da rígida hierarquia feudal) é o pressuposto histórico da igualdade geral perante a lei.

É dizer, então, que essa liberdade de decisão do ser racional equivale ao conhecido livre-arbítrio.

Trazendo especificamente para o campo criminal, o “criminoso será quem, na posse do livre-arbítrio, viola livre e conscientemente a normal penal” (ANDRADE, 2015, p. 58). Isso porque, tomada pelo racionalismo da época, a Escola Clássica definia o crime



como um conceito jurídico, não se atentando à pessoa do criminoso em si (CARDOSO, 2018).

Como resultado disso, o direito penal e a pena não eram vistos pelo classicismo como uma forma de intervenção ao delinquente para tratá-lo e modificá-lo, mas sim como um “instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime” (BARATTA, 2011, p. 31).

Entretanto, conforme explica a professora Helena Schiessl Cardoso (2018, p. 6), por um lado o pensamento liberal contratualista teve êxito na racionalização do poder punitivo, porém, “por outro lado não foi capaz de diminuir a criminalidade violenta/patrimonial relacionada aos processos de pauperização e exclusão social da nascente sociedade industrial”.

Aos poucos os pressupostos racionalistas da ordem social utilitária foram se destruindo, em decorrência do “efeito acumulado do desenvolvimento histórico de contradições internas desse sistema.”

[...] a extensão real do comportamento criminoso, fenômeno social atribuído à irracionalidade humana, reduz a racionalidade da ordem à dimensão de uma ideologia de classe e, ao mesmo tempo, expõe a ineficácia de um sistema de controle social baseado na repressão individual. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 2022, p. 63).

Era preciso uma nova forma de controle social. E é nesse momento que o pensamento criminológico “dá o seu grande salto à frente”, utilizando-se de uma reflexão científica do discurso jurídico e, portanto, “sem embaraço das garantias e dos limites” (BATISTA, 2011, p. 26).

Passa-se à utilização do método positivo para análise social, que supunha a existência real de leis gerais que determinavam os fenômenos naturais (CIRINO DOS SANTOS, 2022).

Comum às ciências naturais, a ciência positiva surge como o conhecimento verificado das relações causais dos fenômenos naturais, de modo que o pressuposto científico do método positivista é “o determinismo causal geral da natureza física e moral”:

Essa unidade do método científico é, precisamente, a característica básica do modelo positivista, e o abandono da noção de liberdade do comportamento é compensado pela perspectiva de que o conhecimento científico das relações causais dos fenômenos sociais possibilita a sua previsão, e, conseqüentemente, o seu controle, segundo propósitos ou interesses específicos. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 2022, p. 65).

A conveniência do modelo é evidente, como bem ressalta o professor Juarez Cirino dos Santos (2022, p. 66), uma vez que “a racionalidade da ordem social pode ser mantida porque as hipóteses determinísticas do método explicam o comportamento desviante por relações naturais, não políticas.”

Sendo assim, se os problemas sociais são problemas científicos, o comportamento criminoso pode ser objeto do método positivo, dando origem ao positivismo criminológico (CIRINO DOS SANTOS, 2022).

Esse positivismo criminológico irá retirar o objeto do delito das questões relacionadas ao livre-arbítrio, e irá transferi-lo para a pessoa do delinquente, afinal: “contra os perigos revolucionários da ideia de igualdade, nada melhor do que uma legitimação ‘científica’ da desigualdade” (BATISTA, 2011, p. 26-27).



O pressuposto científico do método positivo é, portanto, a noção de que todos os fenômenos são produzidos por relações causais. Assim, essas relações causais irão definir a natureza dos objetos, que não existem fora dessas relações causais. Ou seja:

O comportamento criminoso, ou desviante dos parâmetros normativos de conduta social, manifesta a natureza antissocial interna do sujeito desse comportamento, que aparece como o produto de forças desconhecidas (inconscientes) do sujeito, e, na medida em que constituem relações causais não conscientizadas ou não conhecidas, são, também, incontroladas pelo sujeito. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 2022, p. 68).

Sob essa ótica, Gornicki Nunes (2012, p. 49) concluirá que, para o pensamento positivista, o “crime é sintoma revelador da personalidade perigosa de seu autor, que é um homem causalmente determinado e erigido à categoria de principal objeto de estudo criminológico”.

Assim, se o crime revela a natureza perigosa do seu autor, e esta natureza já é pré-determinada, sem que o sujeito a controle, as medidas de contenção buscarão corrigir as predisposições antissociais do sujeito manifestadas no ato criminoso (CIRINO DOS SANTOS, 2022).

É nesse momento que irá aparecer o papel do perito médico a fim de buscar as determinações das predisposições internas que produziram o delito, além de indicar a terapia adequada à personalidade do sujeito. Em linguagem médica, explica Cirino dos Santos (2021, p. 31):

o diagnóstico das causas, como explicação etiológica do comportamento criminoso; o prognóstico de ações futuras, como predição do comportamento social; e as práticas terapêuticas para neutralizar as causas do desvio criminal.

O problema criminal passa a ser um problema científico, natural, reduzido “em última instância, à ideologia do perito ou cientista, definida, basicamente, pela crença do poder da ciência para a solução de problemas políticos”, tendo como orientação legitimadora dos resultados uma suposta neutralidade do cientista (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 70-72).

A criminologia – que ainda não possuía esse nome à época – se transforma em um discurso autonomizado, despolitizado através da gestão feita pelo saber médico. Como na inquisição, “o criminoso será objetificado, agora, com o deslocamento do religioso para o científico, no combate do mal que ameaça” (BATISTA, 2011, p. 44).

Passou-se a se questionar, então, por que certas pessoas cometem crimes? Qual a causa e a determinação que faz com que alguém cometa um delito e outro alguém não?

O maior questionador desses fatores na época foi o médico legista italiano Cesare Lombroso, que viveu entre 1835 e 1909.

Abastecido pelas ideias evolucionistas que predominavam na segunda metade do século XIX – o “darwinismo social”, mencionado por Gornicki Nunes (2012, p. 49) -, Lombroso elabora uma teoria biológica do comportamento criminoso, tendo como ideia central a noção do criminoso nato. Essa teoria dirá que o crime é uma produção das “fixações atávicas do criminoso”, isto é, “o comportamento antissocial é definido como uma forma de regressão ao estado selvagem, produzido por degenerações biológicas identificáveis por estigmas (caracteres físicos) do sujeito” (CIRINO DOS SANTOS, p. 79-80).



O médico italiano chega à conclusão do atavismo ao direcionar suas pesquisas para a medição do tamanho do corpo, circunferência do crânio e demais características biológicas dos prisioneiros da época, usando como referencial comparativo as características biológicas da “população normal” (CARDOSO, 2018, p. 7).

Surge, aí, a famosa obra “L'uomo delinquente”, ou, em português, “O Homem Delinquente”. Sua primeira edição, publicada em 1876, definiu o crime como um ente natural, um fenômeno necessário, como o a morte e a concepção, “determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária” (BARATTA, 2011, p. 38).

Esse determinismo biológico apresentado por Lombroso é posteriormente ampliado por Garófalo, “com a acentuação dos fatores psicológicos”, e por Ferri, “com a acentuação dos fatores sociológicos” (BARATTA, 2011, p. 38-39).

Garófalo irá formular o conceito de “temibilidade do delinquente”, que era a relação entre a perversidade constante do sujeito criminoso e a quantidade do mal previsto que há de se temer por parte dele. O termo foi substituído posteriormente para a “periculosidade” (ANDRADE, 2015, p. 76).

Ferri, por sua vez, dispunha os fatores do delito em três classes, conforme explica Alessandro Baratta (2011, p. 38-39): “fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais”.

Sobre o tema, Salo de Carvalho, em seu “Antimanual de Criminologia” (2022, p. 277), irá concluir:

O projeto científico, portanto, é inegociável: realizar análise empírica individual (microscópica) entre os indivíduos integrantes dos grupos que apresentam características delituais, com o intuito de identificar (diagnóstico) a origem causal da patologia (etiologia), de forma a projetar tratamento (prognóstico) para anular ou reprimir o impulso criminal (periculosidade).

A partir desse ponto serão desenvolvidos projetos, nos planos epistemológicos e políticos, para a substituição da culpabilidade pela periculosidade do autor (CARVALHO, 2022), passando por uma reforma do clássico Direito Penal do fato, para um Direito Penal do autor (CARDOSO, 2018).

E. Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 131), concluem:

Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica”, para esses, “o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”, assim, “chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado direito penal de autor.

Dessa forma, se o delinquente é um criminoso nato, cujas influências hereditárias, biológicas e sociais, definem seus atos desviantes; se o fenômeno criminal é natural ao criminoso, o positivismo criminológico criará a “teoria da não responsabilidade do comportamento criminoso”, em uma oposição àquela responsabilidade individual defendida pelo classicismo através do livre-arbítrio (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 68-69).

Não há razão para que se mantenham as medidas punitivas anteriores, visto que estas não surtirão o efeito desejado sobre aquele criminoso nato.

Ou seja, se a conduta criminosa é inevitável por ser algo natural, a reprovação moral ou jurídica pretendida ao desviante não terá mais lugar, visto que seu pressuposto



era, precisamente, o poder concreto do sujeito de agir de forma diversa (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 69).

É aí que, como já falado anteriormente, é dado lugar aos saberes médicos, objetivando o tratamento e a correção desses criminosos.

A consequência desse “modo curativo e reeducativo” é a “duração tendencialmente indeterminada da pena, já que o critério de medição não está ligado abstratamente ao fato delituoso singular”, mas sim “às condições do sujeito tratado” (BARATTA, 2011, p. 40).

Fato é que a criminologia positivista passou a integrar a filosofia dominante na ciência jurídica e no senso comum, passando a elaborar princípios cardeais, que constituíram a ideologia da defesa social. Aos poucos, contudo, esses princípios foram sendo desconstruídos por diversos autores e aportes teóricos, marcando a “transição gradual de uma Criminologia positivista para uma Criminologia liberal” (CARDOSO, 2018, p. 14).

A “crítica convencional” destaca a deficiência das metodologias internas, principalmente pela “invalidade dos indicadores de uma hipotética reversão biológica criminogênica, indemonstrável na relação entre estigmas físicos e crime, não confirmada em estudos posteriores” (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 80-81), conforme será demonstrado futuramente neste trabalho.

A “crítica mais ampla”, diz respeito à origem social dos estigmas selecionados como indicadores da degeneração biológica, conforme explica Juárez Cirino dos Santos (2022, p. 81):

[...] a crônica subnutrição das camadas inferiores da sociedade pode explicar a maioria desses traços anormais, e a concentração da repressão criminal nesses estratos sociais esclarece a frequência de tais caracteres na população das prisões, que fornece as amostras para esse tipo de investigação. Logo, as características físicas da população das prisões não seriam indicadores criminogênicos inatos, mas traços pessoais que orientam o processo seletivo de criminalização das camadas sociais pobres, exploradas e oprimidas da formação social capitalista.

A criminologia positivista vai cair na mesma armadilha que caiu a Escola Clássica, armadilha essa que está sempre à espreita, à espera daqueles que não enxergam as relações sociais através da lente do materialismo histórico.

Se o classicismo não considerou o caráter abstrato da igualdade perante a lei em razão da concreta desigualdade em propriedades ou recursos materiais, o positivismo deixou de considerar a seletividade penal ao dispor que o criminoso teria as características daqueles que se encontravam presos. Não considerou, assim, “os processos sociais de concentração da repressão criminal em indivíduos que, pela natureza da divisão social do trabalho e, portanto, por seu lugar de classe, desenvolvem características físicas geralmente frequentes nas estatísticas da população carcerária” (CIRINO DOS SANTOS, 2022, p. 84).

Sendo assim, a criminologia positivista legitimou a ordem social vigente, porque nunca questionou os fundamentos axiológicos e o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal por meio dos processos de criminalização primária e secundária (GORNICKI NUNES, 2012).

É evidente, contudo, que a Escola Positiva, assim como a Escola Clássica, é fruto de seu tempo, e “condicionada por uma confluência de fatores, históricos e teóricos, que, de natureza variada, mas em estreita conexão, imprimem significado ao seu programa”, como explica a professora Vera Regina Pereira de Andrade (2015, p. 68).



Sendo fruto do seu tempo, e já tendo sido devidamente superada pelos saberes criminológicos atuais – que não serão explorados, pois, como dito no início, não se pretende aqui traçar uma linha do tempo da história da criminologia -, era de se esperar que os Poderes brasileiros não mais assumissem preceitos teóricos positivistas para elaborar as políticas penais – nos termos do que explica Nilo Batista (2011) sobre o tema - que vêm ditando os rumos do Sistema Criminal do país.

Seria sonhar demais, talvez. A criminologia positivista pode ter sido superada na academia, mas ainda está presente nos gabinetes daqueles que fazem as leis e daqueles que as julgam – e em tantos cantos do Brasil, como será visto a seguir.

## 2. O EXAME CRIMINOLÓGICO: IDAS E VINDAS

Em uma análise pormenorizada dos dispositivos legais que regulamentaram a situação penal no Brasil, percebe-se que o Código Penal de 1940 foi o principal instrumento a apresentar forte influência dos ideais da Escola Criminológica Positivista.

Essa influência era notada claramente “no tocante à introdução da personalidade do criminoso, seus antecedentes, conduta social, bem como os motivos para o delito como elementos relevantes para a quantificação da pena aplicada” (REISHOFFER; BICALHO, 2017, p. 36).

Outra lei que sofreu grande influência do positivismo foi a Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal.

Dentre inúmeros pontos de clara manifestação positivista, talvez o principal estivesse no artigo 112 da lei, que previa a progressão de regime aos presos que cumprissem ao menos 1/6 da pena no regime anterior e possuíssem mérito para progredir de regime, que seria avaliado pela Comissão Técnica de Classificação e pelo exame criminológico.

Mas não apenas o sistema de progressão de regimes era regado de positivismo.

No início da execução da pena, os condenados devem passar por uma classificação, a fim de orientar sua individualização da reprimenda, conforme dispõe o artigo 5º da LEP:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. (BRASIL, 1984).

Essa “classificação”, contudo, é bem diferente na prática e, segundo a doutrina, “não passa de letra morta” (LIMA, 2022, p. 52).

Conforme explica Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 52), a autoridade penitenciária se preocupa, inicialmente, com a manutenção da ordem prisional e a preservação da segurança dos detentos e dos funcionários. Assim, a “única classificação efetivamente existente é aquela que leva em consideração os riscos eventualmente produzidos pela colocação do preso nesta ou naquela galeria”.

A individualização da pena como objetivo final da classificação do condenado já demonstra a forte influência positivista, visto que tal princípio, com suporte na personalidade do criminoso “é, pois, um produto do positivismo ampliando significativamente os poderes discricionários do juiz na aplicação da pena” (ANDRADE, 2015, p.77).



De todo modo, o exame dos antecedentes do apenado se dá pela análise da reincidência, do seu envolvimento em inquéritos ou processos judiciais, ou seja, um alcance da vida pregressa do condenado (LIMA, 2022).

O exame de personalidade do apenado, por sua vez, compreende a “síntese das suas qualidades morais e sociais”, sendo aferidos a “boa (ou má) índole do indivíduo, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter, de modo a se verificar se o crime constitui (ou não) um episódio acidental em sua vida” (LIMA, 2022, p. 52-53).

Esses exames devem ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação que, com o advento da Lei de Execução Penal em 1984, deveria elaborar o programa individualizador e acompanhar a execução das penas, propondo à autoridade competente as progressões e regressões de regime, conforme previa o art. 6º da referida lei.

Em 2003, entretanto, o artigo 6º foi modificado pela Lei nº 10.792, que será melhor explorada mais à frente, passando a vigorar nos seguintes termos:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Ou seja, a Comissão Técnica de Classificação deixou de ter como dever as proposições de progressão e regressão de regime à autoridade competente, passando a se limitar a elaborar o programa individualizador da pena do condenado ou preso provisório.

Essa Comissão Técnica de Classificação – CTC, deve ser presidida pelo diretor do estabelecimento prisional, e composta por, no mínimo, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, nos termos do art. 7º da LEP.

Por fim, o art. 8º da Lei de Execução Penal dispõe especificamente sobre o exame criminológico:

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto. (BRASIL, 1984).

Seguindo as explicações de cada exame, Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 55) esclarece que o exame criminológico será realizado “por meio da análise de questões de ordem psicológica e psiquiátrica do condenado”, que visa “revelar elementos como maturidade, frustrações, vínculos afetivos, grau de agressividade e periculosidade” etc., cujo objetivo final é “prognosticar a potencialidade de novas práticas criminosas por parte do apenado”.

A leitura atenta do primeiro capítulo levará o leitor – com o perdão da redundância – a identificar palavras muito presentes nos estudos de Lombroso, Ferri e Garófalo, como o grau de agressividade e periculosidade, por exemplo.

E, como dito anteriormente, o texto original da Lei de Execução Penal previa a obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão de regime prisional.

Ou seja, atingido o requisito objetivo temporal para a progressão de regime, o apenado seria submetido à avaliação técnica a fim de constatar um potencial de reincidência, e que, somente na falta desse potencial o condenado teria autorização para



progredir de regime. Somente aquele que estivesse recuperado ou tratado poderia ser liberado (BRITO, 2012).

E ainda que a LEP não diga expressamente, o exame criminológico é uma perícia (BITENCOURT, 2023) e, em que pese o magistrado não esteja vinculado à conclusão demonstrada no exame, a discordância do laudo deve ser fundamentada, devendo o julgador explicar qual motivo o levou a decidir de tal forma. Ou seja, “a rejeição do exame por parte do magistrado é situação difícil de ocorrer, uma vez que não possui o conhecimento técnico para tanto” (INÁCIO, et. al., 2020, p. 16-17).

Em suma, os laudos criminológicos funcionavam como travesseiros para que os operadores da execução penal tivessem o “sono dos justos” (SCHMIDT, 2004, p. 3).

Assim, a decisão do juiz acabava sendo transferida aos “funcionários da ortopedia moral”, cujos prognósticos moralistas “costumavam ressuscitar excrescências positivistas do tipo personalidade voltada para o crime”, periculosidade, grau de agressividade etc. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 495), “carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social” (CARVALHO, 2008, p. 185).

O papel do juiz da execução penal passou a ser o de mero homologador dos laudos técnicos, como explicou Aury Lopes Jr. (2003, p. 11) em meio às discussões a respeito da antiga lei:

A função do juiz fica reduzida a acolher os laudos e, com isso, há a perigosa fundição do modelo jurídico com o discurso da psiquiatria. E o perigo está no excesso de subjetivismo, pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não. É a ditadura do modelo clínico. Para os juízes, o papel de mero homologador de laudos técnicos é muito cômodo. Eles acabam substituindo o discurso jurídico pelo discurso da psiquiatria, tornando sua decisão impessoal, inverificável e impossível de ser contestada. O julgador acaba “lavando as mãos”, pois a decisão punitiva passa a ser reflexo de um juízo que não é feito por ele, mas pelo psicólogo ou psiquiatra de plantão.

Essa transferência do poder de decisão, segundo Salo de Carvalho (2008, p. 179), reeditava “um sistema de prova tarifada típica do processo inquisitivo”.

Em razão disso, em 2003, como já adiantado, a Lei de Execução Penal passou por uma reforma, trazida pela Lei 10.792 que, dentre outras mudanças, retirou a obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão do regime.

O já citado artigo 112 da LEP passa a vigorar da seguinte forma:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (BRASIL, 2003).

O exame criminológico, então, foi substituído para dar lugar ao atestado de bom comportamento carcerário, a ser expedido pelo diretor da instituição prisional, reduzindo, assim, a “psiquiatrização da execução penal” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 495).

Contudo, pouco tempo depois, em 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu que nada impediria que os juízes determinassem a realização do exame criminológico, ainda que não houvesse mais previsão legal.

Editou-se, assim, a Súmula Vinculante nº 26:



Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006).

O entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça que, em 2010, apresentou o enunciado da Súmula 439 nos seguintes termos:

Súmula 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).

Ou seja, “o exame criminológico não seria mais obrigatório, mas também não estaria proibido”, sendo “fortalecido o viés conservador no âmbito judiciário, pois mesmo em face de uma mudança na esfera legal não foi possível produzir inovações nas práticas judiciárias” (REISHOFFER; BICALHO, 2017, p. 38).

No ano de 2009, pouco tempo antes da edição da Súmula 439 do STJ, mas já na vigência da Súmula 26 do STF, profissionais da psicologia que atuavam no sistema prisional encaminharam uma moção contra o exame criminológico, alegando que o exame se constituía em uma prática burocrática e, sobretudo, estigmatizante, classificatória e violadora dos direitos humanos (REISHOFFER; BICALHO, 2017).

A partir disso, o Conselho Federal de Psicologia (CFP), com base na Lei nº 10.792/03, editou a Resolução n. 009, de 29 de junho de 2010, que regulamentava a atuação do psicólogo no sistema prisional e estabelecia os princípios a serem seguidos pelo profissional, afirmando, entre outras coisas:

Art. 4º Em relação à elaboração de documentos escritos:

a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado;

b) O psicólogo, respaldado pela Lei nº 10792/2003, em sua atividade no sistema prisional somente deverá realizar atividades avaliativas com vistas à individualização da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional. Quando houver determinação judicial, o psicólogo deve explicitar os limites éticos de sua atuação ao juízo e poderá elaborar uma declaração conforme o Parágrafo Único.

Parágrafo Único. A declaração é um documento objetivo, informativo e resumido, com foco na análise contextual da situação vivenciada pelo sujeito na instituição e nos projetos terapêuticos por ele experienciados durante a execução da pena. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2010).

Ou seja, o profissional da psicologia atuante no sistema prisional estaria limitado à elaboração de atividades avaliativas apenas quando da entrada do condenado na instituição carcerária.

Pouco mais de dois meses depois, o Conselho Federal de Psicologia se viu forçado a suspender os efeitos da referida resolução, tendo de acatar uma recomendação da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, que requereu a suspensão da resolução sob pena de ajuizamento de Ação Civil Pública (REISHOFFER; BICALHO, 2017, p. 38).



Portanto, como dito anteriormente, o exame criminológico já não possuía mais previsão legal, mas ainda era aplicado constantemente pelos tribunais do país: “a lei mudou, mas continuou tudo como já estava” (REISHOFFER; BICALHO, 2017, p. 38).

Não foram poucos os projetos que buscaram o retorno da obrigatoriedade do exame, como no caso do texto do Projeto de Lei “Anticrime”, apresentado pelo então Ministro da Justiça Sergio Moro. O ex-juiz propôs, no tópico chamado por ele de “Medidas para endurecer o cumprimento das penas”, a alteração da Lei nº 8.072/90, objetivando que a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos “fosse subordinada ao mérito do indivíduo e à constatação de condições pessoais que fizessem presumir que ele não voltaria a delinquir” (INÁCIO, et. al., 2020, p. 23).

Essa intenção de presumir que alguém não voltará a delinquir, além de verificável apenas por bolas de cristal, visto que “nenhum método científico permite prever o comportamento futuro de ninguém”, apresenta o “primitivismo lombrosiano” que “depõe contra a ciência penal brasileira” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 495).

O projeto não foi aprovado à época, em que pese os inúmeros retrocessos penais sancionados no dito “Pacote Anticrime”.

Assim, durante algum tempo o exame criminológico para progressão de regime e livramento condicional seguiu sendo aplicado apenas em casos fundamentados pelos juízes, embasados nas súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Esse tempo de decisões fundamentas perdurou até abril de 2024, quando a Lei 14.843/24 foi aprovada, trazendo novamente a obrigatoriedade do exame criminológico como requisito subjetivo para a progressão de regime – além de inúmeras restrições às saídas temporárias -, e recolocando, oficialmente, na política penal brasileira, o positivismo criminológico que, como visto, nunca foi embora.

### **3. A LEI 14.843/2024: O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO AQUI E AGORA**

Como visto ao longo do texto, é fácil concluir que o positivismo é uma grande permanência no pensamento social brasileiro, seja na criminologia, na sociologia, na psicologia ou no direito. Muito mais do que uma escola de pensamento, “constitui-se numa cultura” (BATISTA, 2011).

Essa cultura positivista é notada no senso comum, mas, sobretudo, nas produções legislativa do Brasil.

Conforme dito anteriormente, não foram poucos os projetos que objetivaram a volta do exame criminológico com requisito subjetivo para a progressão de regime.

Em que pese as “medidas para endurecer o cumprimento das penas” previstas no Pacote Anticrime não tenham sido aprovadas, outros projetos de lei estiveram à espreita, aguardando o momento oportuno para sua aprovação.

É o caso do PL 583/2011, proposto pelo então deputado Pedro Paulo, do PMDB/RJ, que buscava a alteração da Lei de Execução Penal para, entre outras coisas, tornar novamente obrigatória a realização de exame criminológico para a progressão de regime.

O projeto não teve continuidade à época e, com a edição das Súmulas do STF e STJ já citadas aqui, talvez nem houvesse necessidade de legislar sobre o tema, visto que os magistrados se baseavam nos enunciados das Cortes para fundamentar a necessidade da realização do referido exame.



Com o tempo, o PL 583/2011 se transformou no Projeto de Lei nº 2253, de 2022, reforçando a frequente discussão sobre a obrigatoriedade do exame criminológico para progressão de regime.

As discussões sobre o tema já vinham sendo fortemente rechaçadas por instituições jurídicas e psicológicas, que reforçavam os argumentos usados no ano de 2003 quando da reforma da LEP que retirou o exame criminológico do texto legal.

Em 2021, o Conselho Federal de Psicologia publicou as “Referências técnicas para atuação das(os) psicólogas(os) no sistema prisional”, reiterando o posicionamento exarado anos antes.

O texto relembra que o exame criminológico não foi um instrumento criado pela psicologia, mas sim pela psiquiatria e pelo direito, destacando que estas áreas, “no início do século XX, buscavam explicações científicas individuais para justificar o cometimento dos delitos, a partir do conceito de periculosidade da perspectiva do sujeito” (CFP, 2021, p. 65-66). Ou seja, reforça, novamente, o caráter positivista do exame.

Para o Conselho Federal de Psicologia (2021, p. 158-159), portanto, o exame criminológico serve para um propósito classificatório, segregador e estigmatizante, que fundamenta o exercício do poder de punir, ainda que não possua um arcabouço teórico confiável:

Por meio de uma postura problematizadora associando o Sistema Prisional à produção de sofrimento e como despotencializador da subjetividade, as críticas ao E.C. centraram no caráter individualista, simplista e reducionista para tratar da questão criminal e penal, sem a fundamental análise institucional, social e cultural que exige das(os) psicólogas(os) ao tratar de temas complexos como crime e prisão.

Não apenas segregador e estigmatizante, o exame criminológico reproduz todos os estereótipos e preconceitos que permeiam a questão criminal, “traduzindo-se em práticas de repressão, controle e disciplinarização das parcelas mais pobres da população” (RAUTER, 2003, p. 87).

Entretanto, ainda que fortemente criticado por profissionais do ramo médico e estudiosos da criminologia crítica, os projetos de lei que buscavam o retorno da realização do exame criminológico seguiam sendo apresentados.

O PL 2.253/2022, conforme já dito, seguiu seu trâmite na contramão dos pareceres técnicos, sob relatoria do senador Flávio Bolsonaro. No entanto, após a morte de um sargento da polícia militar de Minas Gerais, ocasionada por um indivíduo que gozava do benefício da saída temporária, os ânimos sociais se elevaram, dando urgência à aprovação do projeto (FERREIRA; RIBEIRO, 2024), que além de retorno do exame criminológico, visava restringir o direito às “saidinhas”.

A morte do policial ocorrida em 05 de janeiro de 2024 “ajudou” a transformar aquele PL na Lei nº 14.843/24, aprovada em abril, que foi batizada como “Lei Sargento PM Dias”.

O clamor popular e o populismo penal fizeram de um caso isolado uma regra – visto que segundos dados da Secretaria Nacional de Políticas Penitenciárias apenas 6,3% dos detentos que receberam o benefício da saída temporária não voltaram ao cárcere ou atrasaram sua volta (FERREIRA; RIBEIRO, 2024).

Alguns pontos da nova lei foram vetados pelo então Presidente da República, mas esses vetos foram imediatamente derrubados pelo Congresso Nacional. Contudo, os vetos se deram apenas no que diz respeito às limitações da saída temporária, mantendo incólume os dispositivos que determinaram a volta da obrigatoriedade do exame criminológico para progressão de regime.



Assim, o art. 112 da Lei de Execução Penal, que já havia sido alterado pela reforma de 2003, passa a vigorar nos seguintes termos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...]

“§ 1º Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e **pelos resultados do exame criminológico**, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 14.843, de 2024). (grifos meus).

O artigo 114 da LEP também foi alterado, antes determinava que o condenado somente ingressaria no regime aberto caso apresentasse fundados indícios de que iria se ajustar, com autodisciplina e senso de responsabilidade. A nova redação dada pela Lei nº 14.843/24, contudo, dispõe:

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

[...]

II - apresentar, pelos seus antecedentes e **pelos resultados do exame criminológico, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade e senso de responsabilidade, ao novo regime**. (Redação dada pela Lei nº 14.843, de 2024)” (grifos meus).

O que já era ruim anteriormente, pois exigia indícios de que o condenado iria se ajustar à nova realidade, passou, agora, à afirmação maior do positivismo criminológico na legislação penal brasileira, ao determinar que o a progressão de regime dependerá da demonstração, por exemplo, de “baixa periculosidade”, aferível através do exame criminológico.

Importante mencionar que não existe disposição legal que defina o que seria a periculosidade social ou criminal, embora, como já se viu aqui, seja utilizada na doutrina e no senso comum como a “probabilidade de comportamentos futuros perigosos” (GORNICKI NUNES, 2015, p. 367).

Fato é que a inexistência de um conceito ou de critérios que definam essa periculosidade é, na verdade, um acerto legislativo, visto que não há como definir a periculosidade de forma científica, ainda mais tendo como ponto de partida a personalidade do sujeito, visto que esta é indefinível para a psicologia e para a psicanálise. Ou seja, “não há base epistemológica que permita a definição de periculosidade” (GORNICKI NUNES, 2015, p. 367-368).

Entretando, mesmo sem existir base legal para prognósticos de reincidência ou “para o mofado discurso da periculosidade” (LOPES JR., 2003, p. 11), ainda assim, a Lei 14.843/2024 foi sancionada com ampla aprovação dos integrantes da Casa Legislativa, acompanhada pelo clamor popular.

Não bastasse a ausência de base epistemológica para sustentar as alterações da Lei de Execução Penal, a aprovação da nova lei sequer respeitou qualquer projeção e estudo orçamentários, não apresentando “mínima previsão sobre o impacto social e econômico dessa alteração” (SHECAIRA, et. al, 2024).

Ignorou-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que em outubro de 2023 concluiu o julgamento da ADPF nº 347, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional, fixando prazo de seis meses para a elaboração de plano para reduzir a superlotação dos presídios e penitenciárias, além da redução do



número de presos provisórios e, sobretudo, de pessoas que cumprem sua pena em regime mais gravoso que o admitido em lei ou por mais tempo do que sua condenação previu (SHECAIRA, et. al., 2024).

Em razão disso, uma nota técnica elaborada por 69 organizações, como o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRP-SP), a Ordem dos Advogados do Brasil seccional São Paulo, além de tantas outras, se manifestou de forma contrária à nova lei (HÍGIDIO, 2024).

A nota apresentou, através de dados oficiais, as prováveis consequências que a exigência do exame criminológico irá causar, como por exemplo a oneração ao Estado com a contratação de profissionais. Apenas no Estado de São Paulo, se a medida já estivesse em vigor no ano de 2023, o gasto com os exames seria superior a R\$ 66 milhões (HIGÍDIO, 2024).

Assim, a conclusão das organizações que assinaram a nota técnica é de que a nova norma irá gerar despesas obrigatórias ao Estado que não possuem previsão orçamentária, visto que a tramitação do texto no Congresso não foi acompanhada de uma estimativa de impacto orçamentário e financeiro, sequer havendo menções à origem dos recursos. Seria, portanto, uma norma inconstitucional (HIGÍDIO, 2024).

Entretanto, importante mencionar que as críticas ao exame criminológico caem em uma armadilha caso se limitem apenas às questões estruturais, institucionais e técnicas (REISHOFFER; BICALHO, 2017).

Quanto às questões estruturais, as críticas focam no fato de que as cadeias são desumanas, que não cumprem seu papel ressocializador, de modo que o exame criminológico não conseguiria cumprir sua função, visto que seria impossível avaliar a personalidade de uma pessoa depois de passar anos encarcerada. Essa crítica parece afirmar que, para que o exame criminológico atinja seu papel, seriam necessárias reformas e melhorias no sistema penitenciário (REISHOFFER; BICALHO, 2017).

Entretanto, em presídios federais de segurança máxima e em estabelecimentos de Parcerias Público-Privadas, por exemplo, os presos têm garantida a maior parte de suas assistências, não havendo defasagem de funcionários. Nesses presídios em que a maior parte da LEP é cumprida, o exame criminológico serviria apenas para a manutenção e defesa da ordem institucional e dos princípios de marketing e propaganda de eficácia institucional (REISHOFFER; BICALHO, 2017).

Ou seja, nas prisões consideradas atentas aos direitos dos presos, o mérito do condenado no momento do seu exame continua sendo a manutenção da máquina carcerária, afinal, o “preso bem-comportado é aquele que nada mais sabe fazer do que obedecer e perpetuar a rotina do cárcere.” (REISHOFFER; BICALHO, 2017, p. 41).

Já quanto às críticas relacionadas aos critérios técnicos, estas se referem ao fato de que as prisões apresentam defasagem de profissionais, prazos curtos e enormes quantidades de pareceres a serem feitos. Nestas condições, o exame criminológico é contestado porque, segundo os críticos, seriam laudos “lacônicos, imprecisos, que se configuram uma série de achismos; em suma, que são malfeitos, pois não há condições adequadas” (REISHOFFER; BICALHO, 2017, p. 41).

A crítica, contudo, é mal formulada, uma vez que por trás desta suposta crise que atravessa o exame criminológico, há uma eficácia que o mantém: o exame serve, juntamente com a prisão, para estigmatizar para sempre aquela classe definida como criminosa. Utilizando-se do confortável grau de cientificidade já citado no presente trabalho, as avaliações recorrem ao passado da massa carcerária, encontrando lá uma



série de variáveis que fazem presumir ser as causas do crime cometido ou da reincidência do examinado. (REISHOFFER; BICALHO, 2017).

É dizer, assim, que ainda que sejam possíveis as críticas ao exame criminológico pelo viés estrutural ou técnico, ainda assim elas nos levariam a poucos lugares, como concluem Jefferson Cruz Reishoffer e Pedro Paulo Gastalho de Bicalho (2017, p. 41):

O exame poderia ser realizado por um número superior de profissionais, com tempo suficiente e técnicas disponíveis, com a ocultação dos resultados que tanto almejam alguns técnicos, mas ele se manteria criticável por basear-se na suposta “essência criminosa” positivista, que busca resgatar dentro do discurso do preso um passado de carências familiares, miséria, início da vida laborativa ainda na infância, afastamento da escola, separação precoce dos pais, uso de drogas, passagem por instituições socioeducativas, abuso de álcool ou outras drogas na família, ambições materiais incompatíveis com sua realidade financeira. Este processo de reconstrução da história objetiva acaba por confirmar através de um pensamento positivista e causalista que estamos diante de uma série de acontecimentos que, analisados isolada ou conjunta mente, poderiam ter produzido um criminoso.

Os autores destacam que a passagem por instituições socioeducativas, por exemplo, constitui elemento negativo presente na biografia de um preso no momento da avaliação: “é o Estado atestando sua própria capacidade criminógena através de suas instituições” (2017, p. 41).

É o que se nota pelas recentes decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como no caso do julgamento do Agravo de Execução Penal nº 8000248-20.2024.8.24.0008, de 21 de maio de 2024. No caso em questão, a Segunda Câmara Criminal manteve a decisão de primeira instância que negou a progressão de regime com base no exame criminológico.

Para o profissional que elaborou o parecer, o apenado deveria seguir em acompanhamento psicológico antes de ser reinserido em sociedade, chegando à essa conclusão com base “na análise técnica da subjetividade do estado emocional, psíquico e cognitivo” do apenado, além das suas “características da personalidade”. Ainda, “evidenciou-se sua instabilidade, dificuldade de adaptação de imposição de limites, demonstrou também personalidade instável e impulsividade acentuada”. Um dos fatores destacados no laudo pericial foi o fato de que “o contexto da primeira infância do avaliado tiveram impacto direto no curso de suas ações da vida adulta”, além do fato de que o reeducando “não ter repertório laboral considerável, influencia diretamente suas perspectivas futuras extramuros”.

Ou seja, buscou-se a causa do cometimento do crime na infância do condenado, circulando-se tautologicamente sobre esse tipo de raciocínio, como explica C. Rauter (2003, p. 91): “se tenho diante de mim alguém que está preso e condenado, este alguém só pode ser criminoso e como criminoso, só pode ter história de criminoso”.

Em outro caso julgado pelo Tribunal catarinense em 18 de janeiro de 2024, ou seja, anterior ao advento da Lei 14.843/24, mas com forte influência positivista, a Primeira Câmara Criminal indeferiu o Agravo de Execução Penal nº 8000775-67.2023.8.24.0020, ainda que o parecer da Comissão Técnica de Classificação tenha votado majoritariamente em favor da progressão de regime do condenado.

No caso, o juízo de primeiro grau determinou a realização do exame criminológico em razão da suposta gravidade concreta dos crimes pelos quais o agravante havia sido condenado. Assim, além do bom comportamento carcerário, a magistrada entendeu ser “imprescindível que o exame criminológico avalie se o apenado está preparado para



enfrentar condições mais brandas, demonstrando senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade”.

Para o juízo, não havia nos autos elementos seguros de que o apenado demonstrava “capacidade psicológica e probabilidade de se adaptar a condições menos rigorosas” de reinserção social.

O exame realizado pela CTC concluiu, por 5 votos a 1, pelo deferimento da progressão ao regime aberto e à saída temporária. A equipe multiprofissional alegou o bom comportamento carcerário do apenado, tendo o voto contrário partido do laudo psicológico. Para o examinador, o condenado não indicava crítica em relação ao cometimento de seus delitos, razão pela qual o indeferimento aos benefícios seria o melhor a se fazer.

Ainda que a ampla maioria tenha votado pela concessão da progressão, o juízo acatou exclusivamente o parecer do psicólogo, argumentando achar “prudente que se aguarde a avaliação do reeducando por mais um tempo”, sem, contudo, estabelecer qual seria o período a mais que deveria ser cumprido pelo apenado. A decisão, como dito, foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Fundamentar a necessidade da realização do exame criminológico para que seja verificada a ausência de periculosidade e, sobretudo, a probabilidade de adaptações à vida social é trabalhar com uma futurologia positivista que há muito tempo já foi superada.

Mas o mais assustador é concluir por manter o condenado preso “por mais algum tempo” até que sejam feitas novas avaliações.

E se esses novos exames apontem a não recuperação do apenado? Se as conclusões dos exames se repetirem e o furor ressocializador persistir até o fim da pena, o que fazer? Manter o examinado preso até que se ressocialize? Pena indeterminada? (BRITO, 2012), retornaríamos aos problemas apresentados na teoria de Ferri, já explorados no primeiro capítulo.

Um eterno retorno de inspirações positivistas, que seguem definindo o futuro de milhares de sentenciados pelo Brasil, marcando de forma indelével alguns como irrecuperáveis (REISHOFFER; BICALHO, 2017), e é óbvio que aos irrecuperáveis, aos de natureza incorrigível, restará o aumento na demanda por pena (BATISTA, 2011).

Enquanto isso, o culto à pseudociência e o discurso populista seguirá apostando em medidas simplórias para enfrentar problemas complexos, resultando em efeitos socialmente trágicos (SHECAIRA, et. al, 2024).

Não há dúvida, portanto, que mesmo que esse reducionismo sociobiológico seja obsoleto, como lembra Salo de Carvalho (2008), ainda é ele quem dita as regras da execução penal brasileira, e o exame criminológico, à toda evidência, é a “revitalização do atavismo criminal” (PALAZZO, 2018, p. 4), porque, como diz o título desse trabalho, o positivismo criminológico nunca foi embora.

E pelos caminhos seguidos, o próximo passo será determinar e executar a pena através do prognóstico atuarial de risco criminal e, como alerta Maurício Stegemann Dieter (2013, p. 157), de forma sombriamente realista, “logo não será preciso mais juiz”.

Mas isso é assunto para outra conversa, que esperamos que nunca chegue.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em que pese a academia, em sua grande maioria, tenha superado o positivismo criminológico como base da análise da questão criminal, seja pelas teorias do *labeling*



*approach*, seja pela criminologia crítica ou, em tantos casos, pela criminologia radical, o positivismo ainda é o viés mais frequente na legislação penal brasileira.

Penas fixadas com base na personalidade do agente, ou benefícios negados em razão de sua periculosidade são vistos todos os dias por operadores do direito.

A probabilidade de que o agente volte a delinquir é, certamente, um dos maiores argumentos utilizados por magistrados ao decretar prisões preventivas, e agora, os prognósticos de reincidência voltarão a ser objeto de Agravos de Execução contra decisões que negaram a progressão de regime prisional.

Com o advento da Lei nº 14.843/24, o exame criminológico para avaliar o preenchimento do requisito subjetivo para progressão de regime voltou a ser obrigatório, duas décadas depois de ser excluído da legislação penal pela reforma de 2003.

Agora, para que um condenado progrida a um regime menos gravoso, não bastará a boa conduta carcerária, mas sim que os resultados do exame criminológico demonstrem a baixa periculosidade do examinado, além de indícios de que ele irá se ajustar à nova realidade.

Expressões como as citadas remetem ao supostamente superado positivismo criminológico, que buscava, através de estudos de causas e determinações, definir quem era o criminoso nato e, portanto, tinha indícios de cometimento de crimes e de reincidência.

Assim, como se vê, a criminologia positivista pode estar superada na academia, mas ainda tem um longo caminho pela frente na esfera legislativa.

Por essa razão, o presente trabalhou buscou analisar os percursos seguidos pelas ciências criminais que levaram ao advento e à superação do positivismo, além de demonstrar as heranças positivistas na legislação brasileira, através da análise da Lei 14.843/24 e da obrigatoriedade na realização do exame criminológico para a progressão de regime.

Conclui-se, assim, que as heranças de Lombroso ainda ditam o rumo da massa carcerária brasileira, de modo que a necessidade de as denunciar é cada vez mais urgente, para que a superação do positivismo criminológico aconteça para além da academia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. 3. ed., ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. – 29. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. (v. 1).



BRITO, Alexis Couto de. Análise crítica sobre o exame criminológico. In: RASCOVSKI, Luiz (coord). **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25-59.

BRASIL. **ADPF 347**. Disponível em: <paginador.jsp (stf.jus.br)>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7210/84**. Lei de Execução Penal. Disponível em: < L7210 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.792/03**. Altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal. Disponível em: <L10792 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.843/24**. Lei Sargento PM Dias. Disponível em: < L14843 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439**. Terceira Seção, julgado em 28/02/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: < STJ - Súmulas do STJ>. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 26**. Julgado em 23/02/2006, DJe 01/09/2006. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

CARDOSO, Helena Schiessl. Os grandes “Paradigmas Criminológicos” da modernidade e suas “Recepções Criativas” na América Latina e no Brasil. In:

CARDOSO, Helen Schiessl; NUNES, Leandro Gornicki; GUSSO, Luana de Carvalho Silva (org). **Criminologia contemporânea**: crítica às estratégias de controle social. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição, revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia da repressão**: crítica à criminologia positivista. 3. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. – 1. ed. – Tirant lo Blanch: 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. – 7. ed., ver. atual. ampl. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Referências técnicas para atuação das(os) psicólogas(os) no sistema prisional**. – Brasília: CFP, 2021. Disponível em:<Referências-Técnicas-para-Atuação-dasos-Psicólogasos-no-Sistema-Prisional-FINAL.pdf (cfp.org.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CPF nº 009/2010**. Publicado em 29 jun. 2010. Disponível em: < ((Microsoft Word - Resolu\347\343o CFP 009-10.doc)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

FERREIRA, Alexandre Coelho; RIBEIRO, Neide Aparecida. **A nova Lei Sargento PM Dias (Lei nº 14.843/24) e seus desdobramentos jurídicos acerca da saída temporária**



**de detentos.** Publicado em: 08 jul. 2024. Disponível em: <A nova Lei Sargento PM Dias (Lei nº 14.843/24) e seus desdobramentos jurídicos acerca da saída temporária de detentos. - Jus.com.br | Jus Navigandi>. Acesso em: 30 ago. 2024.

GORNICKI NUNES, Leandro. A crise das medidas de segurança no sistema penal brasileiro. In: BAYER, Diego Augusto (org). **Controvérsias criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. – 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015.

GORNICKI NUNES, Leandro. **Culpabilidade e exculpação**: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

HÍGIDIO, José. **Exame criminológico é inviável e vai barrar progressões de regime, afirmam criminalistas.** Publicada em: 22 abr. 2024. Disponível em: <Exame criminológico é inviável e dificulta progressão, dizem criminalistas (conjur.com.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

INÁCIO, Mariana Secorun; ALBUQUERQUE, Carolina de; VALANDRO, Caroline Linck Pinto. **O exame criminológico como retorno à criminologia positivista.** Revista do Instituto de Ciências Penais. Vol. 5. dez. – Maio. 2020. Disponível em: <BOOK\_REVISTA\_VOL5.indb (icp.org.br)>. Acesso em: 22/08/2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Execução penal.** – São Paulo: Editora JusPodivim, 2022.

LOPES JR., Aury. **A (im) prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal.** BOLETIM IBCCRIM - Ano 11 – n.º 123, fevereiro, 2003. Acesso em: 25 abr. 2024

PALAZZO, Fernando Procópio. **Ecos de Lombroso**: o exame criminológico, a reincidência e o “defeito no pé”. Publicado em: 22 set. 2018. Disponível em: <Palazzo: O exame criminológico, a reincidência e o "defeito no pé" (conjur.com.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. **Exame criminológico e psicologia**: crise e manutenção da disciplina carcerária. In: Revista de Psicologia, v. 29, n. 1, p. 33-44, jan.-abr. 2017. Disponível em: <Vista do Exame criminológico e psicologia: crise e manutenção da disciplina carcerária (uff.br)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 8000248-20.2024.8.24.0008.** Relator: Norival Acácio Engel. Julgado em 21/05/2024. Disponível em: <Jurisprudência Catarinense - TJSC>. Acesso em: 25 ago. 2024.

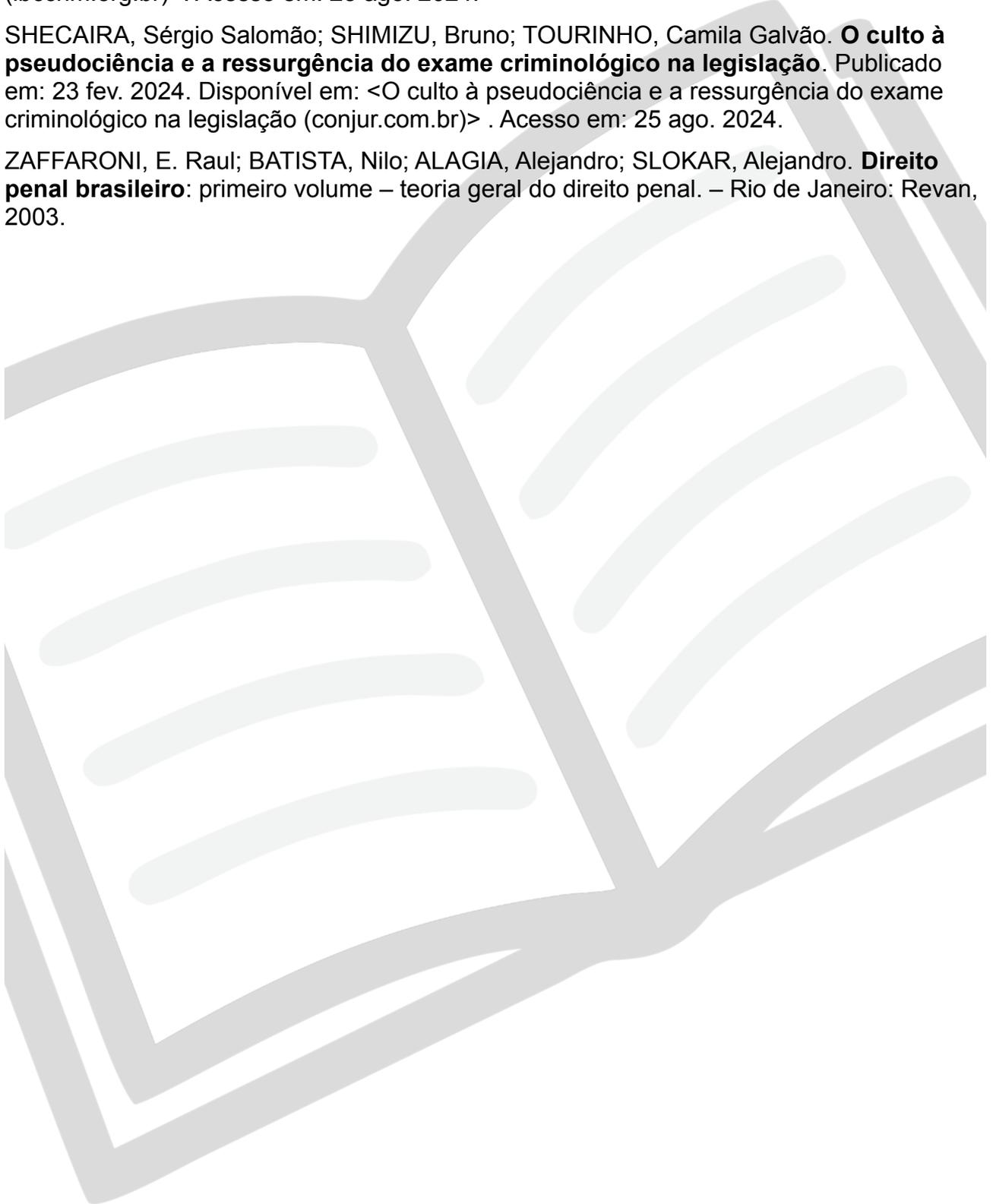
SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 8000775-67.2023.8.24.0020.** Relatora: Ana Lia Moura Lisboa Carneiro. Julgado em 18/01/2024. Disponível em: <Jurisprudência Catarinense - TJSC>. Acesso em: 25 ago. 2024.



SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Crônica acerca da extinção do exame criminológico**, in: Boletim IBCCrim. Ano 11 - nº 134 – janeiro – 2004, p. 3. Disponível em: < Sem título-1 (ibccrim.org.br)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SHIMIZU, Bruno; TOURINHO, Camila Galvão. **O culto à pseudociência e a ressurgência do exame criminológico na legislação**. Publicado em: 23 fev. 2024. Disponível em: <O culto à pseudociência e a ressurgência do exame criminológico na legislação (conjur.com.br)> . Acesso em: 25 ago. 2024.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.





## O MOVIMENTO DE VIDA INDEPENDENTE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO BRASIL E PORTUGAL

Kariani Monteiro Dias<sup>1</sup>  
Lethícia Gabriella Rech Bonissoni<sup>2</sup>  
Flávia Balduino Brazzale<sup>3</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa elegeu como problema compreender de que forma o Movimento de Vida Independente (MVI) da pessoa com deficiência implementa-se no contexto brasileiro e português. A hipótese inicial foi que ambos estariam em estágio semelhante de desenvolvimento. Utilizou-se a metodologia de pesquisa qualitativa e análise comparativa entre os contextos legislativos dos dois Estados. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo. Concluiu-se que embora os dois países apliquem o modelo social de deficiência abarcado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), da qual ambos são signatários, e que existam similaridades nas legislações dos dois países, Portugal encontra-se em um estágio ligeiramente mais acelerado de desenvolvimento do MVI, quando comparado ao Brasil, visto que o país europeu possui legislações mais específicas acerca do tema, além de maiores investimentos estatais direcionados ao financiamento do movimento. Ainda assim, foram evidenciadas diversas dificuldades na implementação e manutenção do MVI nos dois contextos.

**Palavras-chave:** Pessoa com Deficiência. Movimento de Vida Independente. Brasil. Portugal.

**Abstract:** This research aimed to understand how the Independent Living Movement (ILM) for people with disabilities is implemented in the Brazilian and Portuguese contexts. The initial hypothesis was that both countries would be at a similar stage of development. A qualitative research methodology and comparative analysis of the legislative frameworks of the two states were employed, using a deductive approach. The study concluded that, although both countries adopt the social model of disability outlined by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), to which they are signatories, and despite similarities in their legislation, Portugal is at a slightly more advanced stage of ILM development compared to Brazil. This is due to the European country's more specific legislation on the topic and greater state investment to fund the movement. Nevertheless, several challenges in the implementation and maintenance of ILM were identified in both contexts.

**Keywords:** Persons with disabilities. Independent Living Movement (ILM). Brazil. Portugal.

### INTRODUÇÃO

O Movimento de Vida Independente da Pessoa com Deficiência (MVI) é um movimento crescente socialmente e pode ser compreendido como uma manifestação

---

1. Graduada em Engenharia Mecatrônica pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. Membro do Grupo de Pesquisa: Direito, Estado e Globalização do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Joinville.

2. Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. Membro do Grupo de Pesquisa: Direito, Estado e Globalização do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Joinville.

3. Doutora em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, na linha de pesquisa sobre a pessoa com deficiência e direitos fundamentais. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Estado e Globalização do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Joinville. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Joinville. Docente com atuação na área da Educação Superior, nas disciplinas de Direito Civil, Direito do Consumidor e Metodologia. Docente no Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Joinville. Professora Responsável pela disciplina de Pesquisa em Ciência Jurídica no Centro Universitário - Católica de Santa Catarina em Joinville.



política e social das pessoas com deficiência, que buscam a garantia dos seus direitos individuais e sociais. Desse modo, o MVI dá ênfase à autonomia pessoal e à participação social das pessoas com deficiência, deixando para trás qualquer resquício do modelo médico de deficiência, vez que reforça que as limitações não são atributos inerentes a deficiência em si, mas são impostas pelos fatores da indiferença e da exclusão.

O tema vem, de forma crescente, ganhando relevância no Brasil, principalmente após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2009, com *status* de norma constitucional. Após a ratificação da CDPD e com o objetivo de regulamentar a implementação da Convenção no estado brasileiro, foi publicada em 06 de julho de 2015, a Lei nº 13.146, amplamente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou como Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

A presente pesquisa propõe investigar como se estabelece o MVI em dois contextos distintos, a saber, Brasil e Portugal. A escolha dos países se justifica pela diferença histórica de desenvolvimento econômico e social entre ambos países lusófonos. Como a Europa está na dianteira dos movimentos sociais e políticos e Portugal está no continente berço da civilização ocidental, entende-se que a análise dos dois contextos permite extrair semelhanças e diferenças relativas ao movimento, além de observar diferentes estágios de desenvolvimento.

O problema desta pesquisa visa compreender a legislação de cada país relacionado para identificar as semelhanças e diferenças de implementação e qual é o estágio de desenvolvimento do MVI nos dois contextos.

Dessa forma, a hipótese eleita por este estudo é a de que o Movimento de Vida Independente se desenvolve de formas diferentes de acordo com o nível de desenvolvimento social de cada país e mediante a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Especificamente nas duas realidades pesquisadas, Portugal e Brasil, esta pesquisa analisará se o movimento está em estágio semelhante de desenvolvimento nos dois contextos, pois ainda que a Europa esteja na vanguarda da luta por direitos das pessoas com deficiência, assim como há registros da implantação de Centros de Vida Independente em países europeus desde meados de 1980, Portugal possui uma cultura mais familista, além da carência de políticas públicas relacionadas à pessoa com deficiência até o final do século XX.

No Brasil, por sua vez, será observado se o Movimento de Vida Independente está sendo desenvolvido de maneira gradual e menos expressiva se comparado ao desenvolvimento internacional, ponderando, inclusive, que o Brasil encontra-se em uma região do globo de menor desenvolvimento social e econômico em comparação à Europa.

O objetivo geral da pesquisa é evidenciar como se estabelece o Movimento de Vida Independente da Pessoa com Deficiência no contexto Brasil e Portugal. Os objetivos específicos, por sua vez, são (i) conceituar a pessoa com deficiência a partir da ratificação da CDPD; (ii) compreender o MVI; e (iii) demonstrar a situação das pessoas com deficiência sob a ótica do MVI nos contextos legislativos brasileiro e português.

O estudo foi realizado com emprego da metodologia de pesquisa qualitativa e análise comparativa entre os contextos legislativos dos dois Estados. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, no qual primeiramente serão apresentados os argumentos gerais, para sequencialmente discorrer sobre os argumentos particulares e suas conclusões formais. Conjuntamente, usou-se o método comparativo, em razão do



estudo do tema específico, qual seja, a situação das pessoas com deficiência sob a ótica do MVI nos contextos brasileiro e português.

O artigo divide-se em cinco seções. Na primeira, o tema é introduzido com a sua justificação, objetivos e metodologia de pesquisa. Na segunda seção, conceitua-se o termo pessoa com deficiência, com uma análise da evolução histórica do conceito e definição a ser implementada em todo o estudo. Na terceira seção descreve-se o MVI, colocando de forma objetiva as raízes do movimento e seu estágio de desenvolvimento no Brasil e em Portugal. A penúltima seção descreve, de forma sintética, as leis no Brasil e em Portugal, relacionando-as ao tema, a saber, o Movimento de Vida Independente das Pessoas com Deficiência, para, finalmente, a última seção apresentar uma comparação entre os dois países e as considerações finais do estudo.

## 1. CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência se transformou no decorrer do tempo. Entender essa dinâmica é vital para compreender a evolução do conceito, além de guiar o estudo acerca do Movimento de Vida Independente da Pessoa com Deficiência.

Na Antiguidade Clássica, entre os séculos VIII e V a.C., prevaleceu o modelo de exclusão corporal (Menezes, Menezes e Menezes, 2016), onde o corpo era considerado um fator limitante para a participação na vida social. Os filósofos da época acreditavam que nenhuma criança deveria sobreviver se apresentasse deformidades.

Por conta disso, na Grécia, onde as crianças eram propriedade do Estado, o infanticídio era amplamente praticado. Em Roma, por outro lado, as crianças pertenciam às famílias, o que gerava a prática de escondê-las da comunidade para evitar as trágicas medidas (Sabino Neto, 2019). Lutiana Lorentz (2019) explica que a prática foi, inclusive, prevista expressamente na Tábua IV da Lei das doze Tábuas e, de forma menos acentuada, as práticas de eugenia também incidiram na Idade Média.

No início do primeiro milênio até a Idade Média (século I ao X depois de Cristo), a influência do Cristianismo transformou a forma de pensar sobre o tema. A pessoa com deficiência passou a ser vista em uma perspectiva de impureza do corpo, fruto da fúria divina e como merecedora de caridade por parte dos crentes em Deus (Sabino Neto, 2019). Matar pessoas com deficiência era considerado pecado capital, mas o grupo era mantido segregado, longe dos olhos da comunidade (Lorentz, 2019).

As pessoas com deficiência chegaram a ser consideradas “as crianças do bom Deus” (Lorentz, 2019, p. 201), o que caracteriza a superação da fase anterior. Lutiana Lorentz (2019), ao explicar a expressão, acrescenta que apesar de serem consideradas efetivamente como pessoas, elas eram vistas como extremamente dependentes, sem aptidões técnicas, laborativas ou jurídicas e, por isso, eram diminuídas quase ao status de crianças desvalidas.

A partir do Renascimento (século XIV ao XVII) outra transformação ocorreu, dando espaço ao entendimento da deficiência sob os olhos da ciência e da medicina, deu-se o início do conhecido modelo médico ou biomédico (Sabino Neto, 2019). A compreensão por esse modelo entende a deficiência como um fenômeno do corpo, uma incapacidade física que leva os indivíduos a desvantagens sociais (França, 2013).

Sara Sabino Neto (2019) complementa que, na perspectiva do modelo médico, a deficiência é observada por uma ótica individual e descrita como uma tragédia pessoal na qual as pessoas com deficiência são tratadas como vítimas. Paula Gaudenzi e Francisco



Ortega (2016) explicam ainda que, por esse conceito, as desvantagens vividas são efeitos das desvantagens naturais, reconhecidas como infortúnios privados.

O modelo médico ao focar na limitação funcional da pessoa com deficiência, na anormalidade, na diferença e na incapacidade a ser superada com tratamento, desconsidera as barreiras que compõem o contexto social (Maior, 2017). Uma vez identificada a condição como orgânica, a ideia fundamenta-se em sanar a deficiência com intervenções sobre o corpo para promover o seu melhor funcionamento, quando possível, e reduzir as desvantagens sociais (França, 2013).

No Brasil, durante o início do século XX, foram criadas escolas especiais para crianças com deficiência intelectual e centros de reabilitação para pessoas com deficiência física. Esses locais eram mantidos por organizações não governamentais e tratavam-se de iniciativas sociais, inclusive, de familiares de pessoas com deficiência, o que demonstra a percepção da deficiência como um “problema” e de “responsabilidade” pessoal/familiar (Maior, 2017).

Para Fernando Fontes (2009), a implementação do modelo médico teve consequências drásticas. Em primeiro plano, coloca a consideração de que a única resposta seria uma solução médica correspondente. Em seguida lista que, no modelo, a pessoa com deficiência é tratada como especial e isso a coloca em relações assimétricas de poder, nas quais estavam sujeitas à gestão e controle das suas necessidades por profissionais.

Por último, o autor destaca que ao medicalizar a deficiência de forma estritamente individual, minou-se qualquer tentativa de politização da questão. Izabel Maior (2017) também aponta que as políticas públicas existentes no modelo médico trabalham a deficiência de forma isolada, restrita aos aspectos de saúde, assistência social e educação em escolas especiais, reforçando os pontos levantados por Fernando Fontes (2009).

Esse modelo foi amplamente desenvolvido e, por ele, foi criado o Código Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde (CID) e, de forma complementar, a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID) para lidar com enfermidades, deficiências e classificá-las (Lorentz, 2019; França, 2013). A CIDID teve o propósito de classificar as condições crônicas de saúde decorrentes de doenças. Para a concessão de benefícios às pessoas com deficiência, Heloísa Nubila e Cássia Buchalla (2008) explicam que normalmente era exigido laudo médico com a apresentação de código da CID.

Outro aspecto importante da CIDID, data de 1976, é que ela separou os conceitos de deficiência, incapacidade e desvantagem. A deficiência foi definida como a perda ou anormalidade transitória ou permanente de algum sentido e a incapacidade passou a ser entendida como um agravamento da deficiência, uma restrição ao desempenho de uma atividade dentro de limites considerados normais para o ser humano (Lorentz, 2019; França, 2013) ou ainda como uma anomalia ou perda de um membro, órgão, tecido ou, inclusive, as funções mentais (Amiralian *et al.*, 2000).

Por outro lado, a incapacidade surge como uma resposta do indivíduo à deficiência e sua consequência é refletida nas atividades essenciais à vida diária. Desse modo, todo incapaz seria um deficiente, mas nem todo deficiente seria incapaz (Lorentz, 2019). Finalmente, a desvantagem foi indicada pela CIDID como o resultado de deficiência ou incapacidade, que depende diretamente das atribuições esperadas de acordo com o perfil social do indivíduo (França, 2013). Em outras palavras, conceitua-se a desvantagem como o prejuízo ao indivíduo, a limitação do desempenho da pessoa, considerando os



padrões etários e fatores sociais e culturais do seu grupo social e relacionando as dificuldades da pessoa com deficiência com a sua socialização (Amiralian *et al.*, 2000).

O modelo médico foi amplamente aplicado em todo o mundo até o século XX. No contexto brasileiro, durante a sua prevalência, as pessoas com deficiência começaram a entender que os centros de reabilitação, criados na década de 1920 e com auge nas décadas de 1960 e 1970, não garantiam a inclusão e que fora dos seus muros a sociedade era inacessível e preconceituosa (Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011).

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) foram marcos no sentido da inclusão das pessoas com deficiência em ambos os contextos sociais. Entretanto, ainda influenciadas pelo modelo médico, usaram os termos “cidadãos portadores de deficiência”, nos artigos 71º e 74º da CRP/76 (Portugal, 1976) e “pessoas portadoras de deficiência”, nos artigos 23, 24, 37, 203, 227 e 244 da CF/88 (Brasil, 1988), o que demonstra a ênfase na deficiência como doença (Lorentz, 2019).

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, em 1960 já haviam sido iniciadas as discussões sobre o modelo social da deficiência pela comunidade de pessoas com deficiência e estudiosos da área. O termo passou a ser disseminado após a publicação no estudo *The Politics of Disablement*<sup>4</sup> de Michael Oliver a partir de 1990 (Sabino Neto, 2019, p. 5).

Esse modelo contrapõe o modelo médico e pressupõe que não é a deficiência que segrega as pessoas, e sim a forma como as barreiras sociais existentes impedem o reconhecimento desses indivíduos em igualdade de condições com as demais pessoas (Sabino, 2019). Pedro Peruzzo e Enrique Flores (2021a, p. 516), acrescentam que a deficiência, nesse modelo, é definida como “o resultado dos impedimentos das pessoas com as barreiras sociais, retirando o foco da deficiência dos indivíduos em si”.

Para Tiago França (2013), o princípio da formulação do modelo social é a crítica à abordagem médica, que alega neutralidade científica enquanto rotula os indivíduos como inaptos, sem considerar as estruturas sociais que impedem sua participação na comunidade. O autor acrescenta que o modelo social é um instrumento político para a transformação social e indica que a principal intervenção a ser feita é na sociedade para garantir a participação de todas as pessoas, inclusive as que precisam de acesso facilitado ou desimpedido. Para ele, o modelo social é o que conceitua a deficiência como “um estilo de vida imposto às pessoas com determinadas lesões no corpo, marcado principalmente pela exclusão e opressão vivenciadas” (França, 2013, p. 62).

José Alonso (2003) evidencia que, no modelo social, a deficiência está associada à condição do corpo ou da mente e a incapacidade relaciona-se às restrições sociais experimentadas. O autor pontua que o modelo social não ignora as questões sobre deficiência ou a importância de tratamentos médicos e terapêuticos e sustenta que as intervenções apropriadas são necessárias e, por vezes, benéficas. Entretanto, as intervenções e tratamentos não deveriam reduzir a imprescindibilidade de mudanças sociais radicais para facilitar a inclusão das pessoas com deficiência na vida em comunidade.

Tiago França (2013) aponta que as críticas ao modelo social da deficiência foram feitas no sentido de ampliar os horizontes explicativos e podem ser divididas em duas

4. Tradução livre: A política da deficiência - SABINO NETO, Sara Sofia. **Vida independente** – Um estudo comparado sobre pessoas com deficiência que vivem institucionalizadas ou na comunidade. 2019. 40 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://abrir.link/lzOMy>. Acesso em: 13 abr. 2024.



grandes frentes. A primeira, reside na ideia de que há uma sobrevalorização da discriminação como único fator de distinção das pessoas com deficiência, ponto que também é defendido pela crítica feminista, descrita por Débora Diniz (2003).

Além disso, Thiago França (2013) destaca que devido ao conceito não trazer menção aos estados de saúde, poderia induzir à crença de que a deficiência não estaria associada aos processos de adoecimento, o que não é verdade. A segunda frente que o autor faz menção é relacionada à possível criação de um contrassenso em um quadro em que a deficiência independe da lesão física, contudo, contrapõe que a simplicidade do modelo auxilia na sua assimilação e difusão.

Débora Diniz (2003) expõe a crítica feminista ao modelo social. De acordo com a autora, o modelo social da deficiência partiu principalmente de homens portadores de lesão medular e que esqueceram de considerar as milhares de pessoas que não têm nenhuma autonomia ou as dificuldades enfrentadas pelas mulheres com deficiência ou cuidadoras de pessoas com deficiência. A crítica feminista traz à discussão dificuldades não observadas pelo modelo social ou pelo modelo médico da deficiência.

A autora explica que foram as teóricas feministas que falaram sobre a dor e a importância do cuidado, além de colocarem os gravemente deficientes no centro das discussões. A ideia não era somente discutir deficiência, para além disso, abordar a experiência da vida em um corpo doente ou lesado. Adicionaram ao debate também os aspectos raciais, de gênero e outras variáveis que impactam na vida da pessoa com deficiência. Elas, portanto, “por um lado, revigoram a tese social da deficiência e, por outro, acrescentam novos ingredientes para o enfrentamento político da questão” (Diniz, 2003, p. 4).

Em meio à perspectiva do modelo social, em maio de 2001, ocorreu um grande avanço com a aprovação e a implementação da Classificação Internacional de Funcionalidade e Saúde (CIF) em substituição à CIDID, um documento que ainda carregava um estigma da deficiência como algo pertencente ao domínio do corpo e causador das desvantagens sociais (França, 2013). A Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a contar, então, com duas classificações de referência para a descrição dos estados de saúde, a CID e a CIF. Na CID são classificadas as condições ou estados de saúde, propriamente e na CIF, a funcionalidade e a incapacidade associadas aos estados de saúde são classificadas (Nubila e Buchalla, 2008).

Com a introdução da CIF, iniciou-se, um novo paradigma, que reconhece que a deficiência e a incapacidade também são determinadas pelo contexto do meio ambiente físico e social existentes, leva em conta a experiência completa de saúde e analisa o indivíduo, o corpo e a sociedade (Brazzale, 2018). A implementação da CIF é um marco para o modelo com foco nas barreiras e nas restrições sociais das pessoas com deficiência, e assume um viés sociológico e político, que é imensamente relevante para o modelo social da deficiência (Gaudenzi e Ortega, 2016).

A consolidação dos estudos sobre a deficiência, na década de 1960, levou a um crescente movimento de reivindicação de direitos das pessoas com deficiência, em busca do reconhecimento do protagonismo de suas próprias vidas (Maior, 2017). Destaca-se que no ano de 1981, com a promulgação do “Ano Internacional da Pessoa Deficiente”, pela Organização das Nações Unidas (ONU), os movimentos sociais passaram a se organizar politicamente (Maior, 2017). A exemplo, o Movimento de Vida Independente (MVI), que propõe uma mudança na abordagem tradicional das políticas econômicas e sociais, para que a pessoa com deficiência possa alcançar todo o seu potencial de desenvolvimento (Alonso, 2003). Tais transformações sociais culminaram na Convenção



sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 2006.

A CDPD promoveu uma releitura em relação ao conceito de deficiência, constatada a incompatibilidade entre os termos conceituados pela CDPD com as classificações anteriores (CIDID e CIF) (Brazzale, 2018). Nesse sentido, o termo deficiência passou a ser conceituado na alínea 'e' do preâmbulo da CDPD como resultante “da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (Brasil, 2009). Para José Alonso (2003) a deficiência é uma questão de direitos humanos e deve ser aceita como mais um elemento da diversidade humana, uma vez que o problema encontra-se na sociedade e não na pessoa com deficiência.

O termo “pessoa com deficiência” foi um grande avanço abarcado pela CDPD, pois, confere ênfase à pessoa ao invés de ao fator deficiência e descarta a questão de existência de doença, que ainda estava presente na expressão cunhada pela CF/88 (Lorentz, 2019). Após a ratificação da Convenção, as alterações feitas na CF/88 pelas Emendas Constitucionais n. 94 de 2016, n. 103 de 2019 e n. 114 de 2021, trouxeram ao texto a expressão “pessoa com deficiência”.

O artigo 1º da CDPD conceitua as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (Brasil, 2009). Para Flávia Brazzale (2018, p. 68), a CDPD incorporou o modelo social no contexto internacional e trouxe luz aos direitos da pessoa com deficiência, além de buscar “aniquilar as barreiras existentes ou impedir novas formações”, sendo essa sua grande contribuição.

Tanto Portugal quanto o Brasil ratificaram a CDPD e o protocolo optativo da Convenção. Portanto, incluíram em seu ordenamento jurídico o conceito de deficiência do modelo social e deram competência ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU para fiscalizar o cumprimento da Convenção e apreciar denúncias sobre possíveis afrontas aos direitos das pessoas com deficiência dentro dos seus territórios (Peruzzo e Flores, 2021a).

No Brasil, a CDPD foi incorporada ao ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional em 2009, em vista da aprovação conforme determinado pelo artigo 5º, §3º da CF/88 (Brasil, 1988). Após a ratificação da Convenção, instituiu-se a Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

A LBI repetiu o conceito de pessoa com deficiência posto pela CDPD, o que enfatiza que a definição posta pelo modelo social é a implementada em território brasileiro (Brasil, 2015). Luiz Araújo e Waldir da Costa Filho (2016) explicam que a LBI tem a função de detalhamento da CDPD para o cenário interno e pode repetir os conceitos e remeter o leitor ao dispositivo de origem.

Em Portugal, de acordo com o artigo 8º da CRP/76, “as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna” (Portugal, 1976), portanto, a partir da ratificação regular da CDPD, em 2009, o conceito do modelo social passou a ser válido e aplicável. Contudo, a CRP/76 ainda utiliza o termo “cidadãos portadores de deficiência” nos artigos 71º e 74º, visto que a



última revisão constitucional ocorreu em 2005, quatro anos antes da ratificação da CDPD por Portugal, sucedida em 2009.

Desse modo, a ratificação da CDPD foi o estopim para grandes mudanças no ordenamento jurídico dos dois contextos apresentados, que permanecem em desenvolvimento e aperfeiçoamento até os dias atuais.

## 2. O DESENVOLVIMENTO DO MOVIMENTO DE VIDA INDEPENDENTE

As lutas das pessoas com deficiência por direitos seguem um curso similar à evolução do conceito. Michael Oliver e Colin Barnes (2012) explicam que no período pré-industrial, entre os séculos XV e XVI, no Reino Unido, ainda havia a possibilidade de as pessoas com deficiência participarem de atividades econômicas, apesar de estarem frequentemente nos grupos de menor remuneração. Fernando Fontes e Bruno Martins (2021), no mesmo sentido, apontam que nesse período as pessoas com deficiência contribuíam para as atividades produtivas realizadas em contextos familiares, na agricultura e nas pequenas manufaturas. Essas atividades, por suas características e pelo seu ritmo, permitiam a inclusão.

Com o advento da 1ª Revolução Industrial, no século XVIII, houve segregação e isolamento significativos das pessoas com deficiência (Oliver e Barnes, 2012). O aumento dos padrões e da velocidade de produção introduziram contextos bastante inflexíveis às diferenças individuais (Barnes e Mercer, 2006; Fontes e Martins, 2021). As diferenças relativas à pessoa com deficiência tornaram-se motivos para a segregação e exclusão social. A sobrevivência da maior minoria do planeta, portanto, tornou-se precária de acesso à educação e emprego, o que resultou em uma extrema desigualdade social (Maior, 2017).

É possível identificar conquistas relacionadas à pessoa com deficiência a partir da ascensão do modelo médico. A atuação das associações da sociedade civil, buscavam a atenção por parte dos governos para o tema e a discussão da desvalorização e discriminação das pessoas com deficiência (Maior, 2017). O fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, fez surgir uma nova preocupação do Estado relacionada às pessoas com deficiência, mas as medidas tomadas ainda foram insuficientes para acabar com a exclusão social (Sabino Neto, 2019).

Ainda previamente ao surgimento e disseminação do Movimento de Vida Independente (MVI), Mary Switzer e Gini Laurie se destacaram nas lutas das pessoas com deficiência. Das suas conquistas, vale destacar que aquela criou os primeiros programas de reabilitação, nas décadas de 1920 e 1930 e foi a grande responsável pela elaboração da Lei de Reabilitação Profissional de 1954 nos Estados Unidos. Gini Laurie, por sua vez, trabalhou na criação dos primeiros programas de assistência domiciliar dos Estados Unidos, em 1949 e 1950, durante a epidemia de poliomielite (Alonso, 2003).

Gini comprovou que as pessoas gravemente afetadas pela doença poderiam ser atendidas em casa a um custo, em média, 75% mais baixo, se comparado aos cuidados hospitalares. Essa mudança de referência foi considerada um grande feito para o posterior MVI, pois significou a descoberta de um novo modelo de cuidado das pessoas com deficiência, um modelo em que todos ganham, o Estado, a pessoa com deficiência, a sociedade, o hospital e o assistente contratado (Alonso, 2003).

Em 1962, nos Estados Unidos, em um contexto inicial de discussão sobre vida independente, Ed Roberts foi admitido na Universidade da Califórnia, localizada na cidade de Berkeley. Ele tornou-se a primeira pessoa com deficiência a aplicar o modelo de Vida



Independente à própria vida e, destarte, é considerado o grande nome do MVI (Alonso, 2003). Contudo, o movimento ficou conhecido de maneira mais abrangente apenas no final da década de 1960 (Fontes e Martins, 2021).

Esse movimento surgiu com base no modelo social da deficiência e fundamenta-se na ideia de que as pessoas com deficiência são impedidas de participar na comunidade devido às barreiras existentes no ambiente físico e social (Fontes e Martins, 2021). Colin Barnes e Geof Mercer (2006) complementam essa perspectiva e indicam que, na década de 1970, as pessoas com deficiência passaram a rejeitar a ótica do modelo médico e passaram a enfatizar os problemas das discriminações sociais, econômicas, culturais e políticas que as afetavam.

A base da filosofia de Vida Independente, de acordo com Gerben DeJong (1979), consiste em definir que o problema não é a deficiência em si, mas a dependência de profissionais e familiares que limitam a autonomia da pessoa com deficiência. Logo, o problema está no ambiente e não no indivíduo.

O MVI encontrou sua luta na busca das pessoas com deficiência por controle sobre suas próprias vidas e sobre os serviços que lhes são disponibilizados. Com a filosofia, ocorreu a promoção de uma alteração nos papéis sociais desempenhados pelas pessoas com deficiência. Houve o abandono do papel de clientes/pacientes para a assunção do papel de consumidores (Fontes e Martins, 2021).

A Vida Independente se traduz na defesa de que as pessoas com deficiência devem ter o mesmo controle sobre as suas vidas que quaisquer outras pessoas (Barnes e Mercer, 2006). Sara Sabino Neto (2019) sintetiza o conceito como a luta pela autodeterminação. Já Fernando Fontes e Bruno Martins (2021) apontam que viver de forma independente é proclamar o direito de que essas pessoas não sejam subjugadas pela lógica da dependência, independentemente de ser o cuidado familiar ou as soluções institucionais, que não atendem às especificidades do indivíduo e impedem a tomada de decisões sobre a própria vida.

A ótica do Movimento de Vida Independente é aplicável, inclusive, para promover a visibilidade das pessoas com deficiências graves, que permaneceram presas em centros residenciais ao longo dos anos. As necessidades desse grupo são exatamente iguais às de qualquer outro cidadão, com a peculiaridade de que, em grande parte das vezes, são outras pessoas que decidem por eles quais são essas necessidades (Alonso, 2003).

Fernando Fontes e Bruno Martins (2021) explicam que o foco do movimento está na contraposição da ênfase nos direitos em detrimento da caridade, da inclusão em detrimento da segregação e da afirmação da cultura de aceitação em detrimento de uma cultura de dependência e pena.

José Alonso (2003) destaca três frentes do MVI: em primeiro plano, a determinação de onde e com quem morar, em seguida, a importância do assistente pessoal para a independência da pessoa com deficiência e, por fim, a caracterização dos Centros de Vida Independente. Outrossim, são reivindicações importantes para esse movimento, a ampliação da acessibilidade das ruas, a educação inclusiva, o direito ao exercício da capacidade legal e autonomia relacionada à sua saúde (Raiol, Alencar e Alencar, 2021).

Em relação à moradia, a luta surge com a busca pela desinstitucionalização. A necessidade de escolha sobre onde e com quem morar surgiu da submissão das pessoas com deficiência à rigidez implementada pelas instituições criadas ainda na prevalência do modelo médico (Secretaria dos Direitos das Pessoas com Deficiência, 2011). José Alonso (2003) evidencia que mesmo nos locais mais desenvolvidos, ainda havia limitações



institucionais por deficiência, por idade ou por tipo de serviço, que limitavam as escolhas e a independência das pessoas com deficiência.

Além disso, as pessoas que viviam nas instituições não alcançavam liberdade para trabalhar e tinham tolhidas escolhas relacionadas à alimentação, horários, atividades cotidianas e quem lhe presta apoio (Sabino Neto, 2019). Para José Alonso (2003), a ideia, portanto, está em recuperar a dignidade das pessoas com deficiência. O movimento surge como um novo paradigma para elas, com o intuito de recuperar a liberdade para torná-las protagonistas das suas vidas, em todos os aspectos possíveis e até onde seja possível.

Ora, isso não significa que as pessoas com deficiência farão tudo sozinhas, a independência deve ocorrer até onde seja possível. Mas, para equalizar as condições de partida em relação aos outros cidadãos, podem precisar de ajuda, de forma que surge a figura do assistente pessoal. Contudo, qualquer assistência requerida em atividades práticas ou para a realização do seu projeto de vida, tem que estar sob o seu controle (Fontes e Martins, 2021; Alonso, 2003). Para Colin Barnes e Geof Mercer (2006), a independência é criada através da opção individual de quando e como ter assistência.

Oportunamente, para Dejong (1979), a solução encontra-se no aconselhamento entre pares, na ajuda mútua, na eliminação de barreiras e no serviço de assistência pessoal, o que favorece o autocontrole com maior qualidade de vida, autonomia e independência. Estes serviços foram defendidos pelo movimento como parte das contribuições dos Centros de Vida Independente (Fontes e Martins, 2021).

Ed Roberts criou, em 1970, o Programa para Estudantes com Deficiência no Campus da Universidade em que estudava. Em 1972, o grupo de estudantes passou a reivindicar serviços que sustentassem uma vida mais independente. Devido ao envolvimento de muitos membros externos ao campus (Barnes e Mercer, 2006), foi fundado o primeiro Centro de Vida Independente (CVI) do mundo, na cidade de Berkeley, EUA (Alonso, 2003) (Cordeiro, 2009).

Colin Barnes e Geof Mercer (2006) apontam como objetivo do primeiro CVI a integração das pessoas com deficiência na comunidade. Propósito buscado através da provisão de um sistema de suporte compreensivo às pessoas. A iniciativa atraiu ativistas e visitantes significativos, tanto de outras regiões dos Estados Unidos quanto da Europa durante a década de 1970 e 1980. Os autores ainda apontam que a definição original do CVI é:

Um programa sem fins lucrativos, não residencial, baseado no sentimento de comunidade e controlado pelos usuários, que provê serviços diretos ou coordenados através de indicações. As atividades desenvolvidas passam pelo aconselhamento de pares, indicação de assistente pessoal, treinamento em direitos civis e benefícios, habilidades da vida independente, assertividade e gerenciamento pessoal, além de indicação de emprego e moradia (Barnes e Mercer, 2006, p. 32).<sup>5</sup>

Desta feita, os CVI podem ser caracterizados como entidades sem fins lucrativos geridas por pessoas com deficiência que optaram por viver sua própria emancipação social e se propõem a ajudar outras pessoas com deficiência a viverem sob a mesma filosofia. Essa contribuição é feita através do compartilhamento de informações e auxílio quanto aos serviços disponíveis na comunidade para viver de maneira independente. À exemplo: o acesso às normas jurídicas, ao assistente pessoal, intérprete, emprego, a habitação adaptada e ao transporte acessível, além de aconselhamento entre pares, que

5. Tradução livre de BARNES, Colin; MERCER, Geof. **Independent Futures: Creating user-led disability services in a disabling society**. Reino Unido: University of Bristol, 2006. 223 p.



une pessoas com o mesmo tipo de deficiência, com a finalidade de estimular a ajuda mútua (Cordeiro, 2009).

Ainda na década de 1970, foram criados Centros de Vida Independente por toda a Califórnia e, posteriormente, a prática espalhou-se por todo o mundo. Os Centros de Vida Independente são a materialização da filosofia de Vida Independente, vez que é através deles que as pessoas com deficiência se desenvolvem com liberdade e independência (Alonso, 2003; Cordeiro 2009).

Um dos serviços de relevância dos CVI é a indicação de assistente pessoal. Essa figura, citada anteriormente, surge como o apoio à pessoa com deficiência nas tarefas cotidianas que não pode realizar sozinha, seja pela sua incapacidade ou pelas barreiras deficientizadoras do meio (Fontes e Martins, 2021). José Alonso (2003) adiciona que o assistente pessoal exprime vital importância para a filosofia de Vida Independente.

Esse profissional deve ser contratado, remunerado e ter todo o processo de seleção, treinamento e avaliação, inclusive demissão, quando necessário, realizado pelo próprio usuário do serviço, chamado consumidor (Alonso, 2003). À lista de decisões que devem ser da pessoa com deficiência na escolha de seu assistente pessoal, Fernando Fontes e Bruno Martins (2021) ainda acrescentam o número de horas diárias de trabalho e o tipo de tarefas a se desenvolver. Essas características se relacionam diretamente com as necessidades individuais do consumidor.

Gerben DeJong (1979), ao incluir os familiares como parte do problema relacionado à deficiência e às limitações impostas às pessoas com deficiência, não subestima o papel que as famílias ocupam. Ao contrário, em muitos casos, as famílias foram representativas nas lutas por independência dessas pessoas (Fontes e Martins, 2021). Gerben DeJong (1979) reconhece a importância de que em grande parte das vezes os familiares são as pessoas mais adequadas para desempenhar as atividades do assistente pessoal.

Dessa forma, o autor defende que os familiares que executam esse auxílio sejam contratados e remunerados pelo trabalho desempenhado. Por conseguinte, existe uma flexibilidade em relação à aplicação dos elementos do Modelo de Vida Independente, já que o objetivo está, sobretudo, em tornar a pessoa com deficiência protagonista da sua própria vida (Gerben DeJong, 1979).

No decorrer dos anos, a Filosofia de Vida Independente difundiu-se pelo mundo como um modelo de vida que submete a pessoa com deficiência a um novo paradigma social e confronta firmemente o modelo tradicional (médico) de deficiência (Alonso, 2003; Raiol, Alencar e Alencar, 2021). Na difusão, definiram-se, sem contradição e de modo internacional, valores que estruturam o individualismo moderno e as concepções liberais de autonomia e da responsabilidade individual, importantes definições para o movimento (Fontes e Martins, 2021).

Além da expansão internacional ocorrida, o MVI também permeou as atividades das organizações internacionais, as normas jurídicas dos Estados e vem modificando a cultura social, através da integração social e econômica da pessoa com deficiência (Alonso, 2003; Raiol, Alencar e Alencar, 2021).

No contexto anterior à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, destacam-se alguns eventos que direcionaram as ações mundiais, a citar a década de 1980, definida como “a década mundialmente dedicada às pessoas com deficiência” (Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011, p. 25), com 1981 marcado como o ano das pessoas com deficiência. Depois disso, vale ressaltar o primeiro Congresso de Vida Independente na Europa, realizado em Munique e que representou



uma importante integração entre os ativistas europeus e americanos (Fontes e Martins, 2021).

Em 1992 a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu o dia 03 de dezembro como o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência (Alonso, 2003). Em 2002, a Declaração de Madrid foi aprovada no Congresso Europeu sobre Deficiência e foi o primeiro documento internacional a imputar a frase “Nada Sobre Pessoas com Deficiência, Sem as Pessoas com Deficiência” ao fazer referência ao lema “Nada Sobre Nós, Sem Nós” adotado pelo MVI desde 1986, como reconhecimento da necessidade das pessoas com deficiência estarem no centro das ações que promovam os direitos da pessoa com deficiência (Sasaki, 2007).

No entanto, foi em 30 de março de 2007, com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova Iorque, que se estabeleceu regras para o comprometimento dos Estados em assegurar o exercício dos direitos e garantir a inclusão social das pessoas com deficiência (Menezes, Pimentel e Lins, 2021).

O artigo 3º da Convenção estabelece seus princípios e coloca, na alínea ‘a’, de forma explícita a obrigação dos Estados Partes que a ratificaram de garantir a autodeterminação das pessoas com deficiência (Sabino Neto, 2019). Na mesma linha, o artigo 19 da CDPD representa extensivamente a filosofia do MVI e demonstra a influência que esse Movimento provocou nos 150 (cento e cinquenta) países (Nações Unidas Brasil, 2014) que ratificaram e, por esse ato, se comprometeram a incorporar a Convenção em seu ordenamento jurídico interno (Raiol, Alencar e Alencar, 2021). Descreve o artigo 19, intitulado de Vida independente e inclusão na comunidade:

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito [...], inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais [...];
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades (Brasil, 2009).

Embora disseminado por todo o mundo com a mesma filosofia, o Movimento de Vida Independente, que se reconhece como um “movimento político e de ativismo social” (Raiol, Alencar e Alencar, 2021, p.438), reflete o desenvolvimento social da região em que se desenvolve, vez que sofre influência das condições políticas, econômicas e sociais do país em que está inserido (Alonso, 2003).

No Brasil, de forma abrangente, o MVI desenvolveu-se a partir da década de 1980. Anteriormente, muito em função do regime militar, havia uma invisibilidade muito significativa dessas pessoas, de forma que mesmo a mídia evitava veicular imagens de pessoas com deficiência (Secretaria dos Direitos das Pessoas com Deficiência, 2011). As principais conquistas do período foram que o movimento teve forte atuação nos debates constituintes que culminaram na CF/88 e a criação do primeiro CVI, no Rio de Janeiro, em



14 de dezembro de 1988 (Fundação Fernando Henrique Cardoso, 2022; Alonso, 2003; Lanna Júnior, 2010).

José Alonso (2003) destaca ainda que, no Brasil, os CVI trabalham sem financiamento governamental e a busca por recursos próprios para atuar de maneira independente é uma tarefa básica e fundamental. Em 2009, de acordo com Mariana Cordeiro (2009), o país já contava com 24 Centros de Vida Independente, o que demonstra a aceitação da filosofia e a extensa demanda por serviços voltados para pessoas com deficiência.

Para explicar a atuação dos centros no Brasil, José Alonso (2003) pontua que as pessoas com deficiência trabalham na comunidade como subcontratadas e recebem o salário através do centro, que recebe da empresa contratante uma taxa de 20% de todos os salários. Outro destaque importante é que o salário dessas pessoas desde esse período, anterior à ratificação da CDPD, já era igual ao de outros colegas sem deficiência.

Portugal, por sua vez, não ocupa um lugar de destaque na Europa em relação ao desenvolvimento do Movimento de Vida Independente e as discussões sobre a filosofia de Vida Independente em Portugal resultam, em grande medida, de influências exteriores (Fontes, 2023). Desse modo, em Portugal, a deficiência foi por um longo período responsabilidade das famílias e apenas no século XX passaram a ser defendidos os direitos constitucionais da pessoa com deficiência (Sabino Neto, 2019).

A partir da década de 1990, a Associação Portuguesa de Deficientes (APD) inicia o movimento de trazer referências da Vida Independente para Portugal, ainda que de forma pouco expressiva no cenário político, através de publicações de documentos internacionais e divulgando eventos internacionais acerca da temática (Fontes, 2023). Fernando Fontes (2023) justifica essa secundarização, pela necessidade contínua de a APD lutar pela defesa de direitos básicos das pessoas com deficiência, como direito à saúde, à educação e a uma vida digna.

Em 2015, em Lisboa, foi criado o primeiro Centro de Vida Independente de Portugal, financiado pela Câmara Municipal de Lisboa (Fontes, 2023). Posteriormente, surge o Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI), aprovado pelo Decreto-Lei n. 129/2017, que propiciou a criação dos Centros de Apoio à Vida Independente (CAVI) (Barata e Pena, 2021). Através desse programa, foram criados 35 CAVI por todo o país, que são as entidades responsáveis pela realização dos projetos-piloto de assistência pessoal (Barata e Pena, 2021; Fontes, 2023).

Assim sendo, o Movimento de Vida Independente da Pessoa com Deficiência permeia social e politicamente o contexto nacional em que se encontra. Caracteriza-se, sobretudo, como uma resposta das pessoas com deficiência acerca de como são tratadas pela sociedade e pela forma como seus direitos são salvaguardados pela legislação daquele país.

### **3. A SITUAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DO MOVIMENTO DE VIDA INDEPENDENTE NOS CONTEXTOS LEGISLATIVOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

Brasil e Portugal não opuseram reservas em relação ao teor da CDPD, mas ambos foram criticados pelo Comitê da ONU, nos relatórios que tinham como objetivo verificar a implementação das medidas exigidas pela Convenção. Os países signatários da CDPD têm a obrigação de instituir mecanismos para garantir a vida independente das pessoas



com deficiência, evidenciando o contexto do modelo social de deficiência utilizado como parâmetro para a elaboração da Convenção. (Menezes, Pimentel e Lins, 2021).

Em que pese haja diversas críticas quanto à aplicação da CDPD nos dois contextos nacionais abordados, várias mudanças ocorreram com a interiorização da Convenção em cada país. Em seguida serão analisados os contextos legislativos e as mudanças sociais ocorridas mediante a ratificação da CDPD pelo Brasil e por Portugal.

### 3.1. Situação da pessoa com deficiência no Brasil

O período que antecedeu o desenvolvimento da Constituição Federal de 1988 foi marcado pela Ditadura Militar no Brasil. Durante essa fase, havia controle intenso sobre os movimentos sociais e, inclusive, a mídia não transmitia imagens de pessoas com deficiência. O cenário intensificava a exclusão social e impedia a luta por direitos (Secretaria dos Direitos das Pessoas com Deficiência, 2011). Em função disso, as discussões em torno da vida independente das pessoas com deficiência desenvolveram-se no país a partir da década de 1980, com a união de grupos que lutavam por direitos de grupos mais específicos, como o de surdos ou o de cegos (Lanna Júnior, 2010).

A Constituição Federal de 1988 teve, então, papel precursor na regência normativa da dinâmica de vida e inserção na comunidade dos indivíduos com deficiência (Lorentz, 2019). Logo após sua promulgação, foi elaborada a política de Inclusão social da pessoa com deficiência, através da Lei Federal n. 7.853/89, posteriormente regulamentada pelo Decreto Federal n. 3.298/99. Essas normas previram ações conjuntas entre o Estado e a sociedade civil para a integração das pessoas com deficiência, estabelecimento de mecanismos para assegurar os direitos básicos decorrentes da CF/88 e das leis, assim como o respeito a essas pessoas (Borges e Steil, 2023; Brasil, 1989).

No contexto anterior à ratificação da CDPD, o país contava com poucas leis para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Essas normas eram focadas em assistências sociais, dada a prevalência do modelo médico em vigor à época.

De acordo com o portal *online* da Câmara de Deputados Federal (2024), quatorze leis do período merecem destaque pelos direitos que protegem. Entre eles, os benefícios da previdência social para pessoas com deficiência de qualquer idade, as cotas para concursos públicos e vagas de empregos, isenção de impostos para compra de automóveis para pessoas com deficiência, atendimento prioritário e acessibilidade para pessoas com deficiência, além da eliminação de todas as formas de discriminação e a instituição da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) (Maior, 2017).

Com a ratificação da Convenção em 2009, um novo marco foi alcançado na conquista dos direitos da pessoa com deficiência. Desde logo, houve a incorporação do modelo social da deficiência ao ordenamento jurídico (Maior, 2017) e o reconhecimento da competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU para apreciar denúncias individuais ou de grupos sobre afronta aos direitos da pessoa com deficiência no Brasil (Peruzzo e Flores, 2021a).

Pedro Peruzzo e Enrique Flores (2021b) ao analisarem os julgados que citam a Conferência observaram que o único Tribunal Federal<sup>6</sup> a julgar demandas relacionadas à Convenção ainda em 2009 foi o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Nas outras quatro regiões do país, a matéria começou a ser discutida entre 2012 e 2015. Esse aspecto demonstra, de certa forma, uma carência de aplicação da norma.

---

6. A análise é feita sobre Tribunais Federais porque, em se tratando de matéria de Convenção ou Tratado Internacional, a competência de julgamento é federal.



A partir de 2015, com a implementação da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), as discussões foram intensificadas e, ao fim de 2019, as cinco regiões do país já contavam com 778 decisões que citavam a CDPD (Peruzzo e Flores, 2021b). A LBI é uma norma que repetiu aspectos da Convenção, como a definição da deficiência pelo modelo social e pelo viés da independência e reuniu pontos de diversas legislações uniformizando o sistema legal (Rocha e Oliveira, 2022; Braga, 2021).

A Lei Brasileira de Inclusão é “um documento que traz harmonia jurídica ao texto da Convenção para a legislação brasileira, porque, por algum motivo, poderia estar em desacordo com ela” (Rocha e Oliveira, 2022, p. 3). Para Luiz Braga (2021), a LBI abandona as abordagens marcadas pelo assistencialismo para dar espaço a temas como a capacidade civil da pessoa com deficiência e à inclusão educacional.

Em termos de inclusão educacional, as discussões sobre ensino superior tomaram proporção a partir de 2005, com o Programa Incluir, do Ministério da Educação (Melo *et. al.*, 2019). Mas foi em 2010 que, através do Decreto-Lei 7.234/2010, instituiu-se o Programa Nacional de Assistência Estudantil (PNAES), que apoia ações que promovam o acesso, participação e aprendizagem de estudantes com deficiência. Posteriormente, na LBI, instituiu-se, através do artigo 30, as medidas a serem tomadas pelas instituições de ensino quanto ao ingresso e permanência dos estudantes com deficiência (Melo, 2016).

Luiz da Rocha e Jáima de Oliveira (2022) destacam que a LBI não traz grandes novidades, se comparada à Convenção, entretanto, deve ser vista como um marco por ser a execução da política determinada pela CDPD. Para os autores, os principais destaques da LBI são as mudanças na implementação da curatela, a inclusão de novas configurações e tipos penais, no artigo 88, e a adoção da lógica de universalidade na acessibilidade em detrimento à adaptabilidade.

Além da LBI, o Portal *online* da Câmara de Deputados Federal (Brasil, 2024) evidencia outras quarenta e três leis em vigor no país que complementam os direitos das pessoas com deficiência e auxiliam no caminho desse grupo à independência. O conjunto de leis apontado pelo órgão é descrito no Quadro 1, abaixo:

Quadro 1: Legislação brasileira sobre os direitos das pessoas com deficiência

NORMA	FINALIDADE	ART. CDPD
Lei nº 8.160/1991	Dispõe sobre a instituição do Símbolo Internacional de Surdez	
Lei nº 8.213/1991	Lei de Benefícios da Previdência Social e Cotas para Pessoas com Deficiência	Arts. 26, 27
Lei nº 8.989/1995		
Lei nº 14.287/2021	Lei de Isenção do IPI para Compra de Automóveis para Pessoas com Deficiência Física	Art. 9
Decreto nº 11.063/2022		
Lei nº 9.394/1996	Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB) ou Lei Darcy Ribeiro	Art. 24
Lei nº 10.048/2000		
Lei nº 10.098/2000	Leis do Atendimento Prioritário e da Acessibilidade	Art. 9
Decreto nº 5.296/2004		
Decreto nº 3.956/2001	Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência	Art. 5
Lei nº 10.436/2002		
Decreto nº 5.626/2005	Leis da Língua Brasileira de Sinais (Libras)	Arts. 2, 21, 24
Lei nº 11.126/2005	Lei do Cão-Guia	Art. 9



Decreto nº 5.904/2006		
Lei nº 11.340/2006	Lei Maria da Penha (coibir violência doméstica e familiar contra a mulher)	Arts. 6, 7, 16
Decreto 6.924/2009		
Decreto nº 6.039/2007	Universalização do Serviço Telefônico em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva	Arts. 4, 9, 21
Decreto nº 6.949/2009	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	
Lei nº 12.303/2010	Lei do Teste da Orelhinha	Art. 25
Lei nº 12.319/2010	Lei da Regulamentação da profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais	
Decreto nº 7.611/2011	Dispõe sobre a Educação Especial e Atendimento Educacional Especializado	Art. 24
Lei nº 12.711/2012	Lei de Cotas de Ingresso nas Universidades	Art. 24
Decreto nº 7.824/2012		
Lei nº 12.764/2012	Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Lei Berenice Piana)	
Decreto nº 8.368/2014		
Portaria nº 2.776/2014 do Ministério da Saúde	Procedimentos para a Atenção Especializada às Pessoas com Deficiência Auditiva no Sistema Único de Saúde (SUS)	Art. 25
Lei nº 13.146/2015	Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)	
Lei nº 13.460/2017	Lei de Defesa dos Direitos do Usuário dos Serviços Públicos	Art. 9
Portaria GM/MS nº 2. 3 e 6/2017 do Ministério da Saúde	Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa com Deficiência (PNAISPD)	Art. 25
Decreto nº 9.099/2017	Programa Nacional do Livro e do Material Didático em formato acessível	Arts. 21, 24
Decreto nº 9.404/2018 (art. 44 da LBI)	Reserva de espaços e assentos em locais de entretenimento cultural e esportivo	Art. 30
Decreto nº 9.451/2018 (art. 58 da LBI)	Regulamenta a acessibilidade da construção de Edificação de Uso Privado Multifamiliar	Art. 9
Decreto nº 9.522/2018	Tratado de Marraqueche, acesso a obras publicadas às pessoas com deficiência visual em versão impressa	Art. 21
Decreto nº 10.088/2019	Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho	Art. 26, 27
Lei nº 13.977/2020 (Lei Romeo Mion)	Institui a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - Ciptea	
Decreto nº 10.624/2021	Dispõe sobre a Avaliação Biopsicossocial da visão monocular para reconhecimento da condição de PCD	
Lei nº 14.126/2021	Lei da Visão Monocular (Lei Amália Barros) - classifica a visão monocular como deficiência sensorial, do tipo visual	
Lei nº 14.191/2021 (alteração na LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)	Lei da Educação Bilíngue de Surdos usuários de Libras e Educação Regular aos Surdos Oralizados	Arts. 21, 24
Decreto nº 11.063/2022	Critérios e requisitos para avaliação das pessoas com deficiência ou pessoas com transtorno do espectro autista para fins de concessão de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI	
Decreto nº 11.793/2023	Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Novo Viver Sem Limites)	Art. 19
Lei nº 14.624/2023 (art. 2º-A da LBI)	Institui o uso do cordão de fita com desenhos de girassóis para a identificação de pessoas com deficiências ocultas	
Lei nº 14.768/2023	Lei da Deficiência Auditiva	



Lei nº 14.597/2023	Lei Geral do Esporte (Bolsa-Atleta para os paralímpicos e os surdolímpicos)	Art. 30
Instrução Normativa SECOM nº 3/2023	Medidas de acessibilidade comunicacional no âmbito das produções e ações da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República	Art. 21

Fonte: Portal *online* da Câmara dos Deputados (Brasil, 2024)

É possível fazer um paralelo entre os direitos garantidos pelas leis em destaque no Portal da Câmara dos Deputados (Brasil, 2024) e os direitos constantes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como apresentado no Quadro 1. Entretanto, é importante ter em mente que os artigos apresentados não são os únicos com os quais a legislação descrita se relaciona, vez que a CDPD considera princípios gerais e normas mais abrangentes também. De maneira similar, as leis que aparecem sem descrição de artigos ao lado não são leis menos importantes ou sem relação com a Convenção. Não aparecem artigos ao lado porque a relação é mais ampla.

Observando pela ótica do Movimento de Vida Independente, destaca-se novamente as mudanças conceituais implementadas no âmbito nacional. Para além, o Programa Viver Sem Limites, criado em 2011, com previsão de implementação até 2014 e reformulado em 2023, cujo objetivo foi o de avançar na eliminação de todas as formas de discriminação, garantir o acesso às políticas públicas e promover maior participação social e cidadania para as pessoas com deficiência (Borges e Steil, 2024).

A reformulação do plano em 2023 trouxe mais de R\$ 6 bilhões (seis bilhões de reais) investidos em cerca de 100 (cem) ações para as pessoas com deficiência. Uma das inovações é a instituição do plano nacional da pessoa com deficiência, além disso, o plano é dinâmico e pode a cada ano receber novas ações. Entre as ações estruturantes evidencia-se o programa de formação de lideranças com deficiência, com meta de formar 4.500 (quatro mil e quinhentas) pessoas para atuarem na defesa de direitos humanos das pessoas com deficiência nos territórios (Brasil, 2023).

Ademais, a entrada em vigor da CDPD e da LBI trouxe a filosofia do MVI para o ordenamento jurídico e promoveu mudanças em diversas legislações. À exemplo, o artigo 3º do Código Civil, que foi alterado para deixar de colocar a deficiência como parâmetro de incapacitação e passou a considerar como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. Existem críticas à atual redação, principalmente por não considerar entre os absolutamente incapazes, as pessoas que não possuem nenhum discernimento. O Projeto de Lei do Senado Federal 757, busca sanar o vício (Menezes, 2017).

No aspecto jurídico prático, Pedro Peruzzo e Enrique Flores (2021b) descrevem que os principais temas discutidos nos tribunais são: o Benefício de Prestação Continuada (BPC), a redução de jornada de trabalho para servidores que têm filho(s) com deficiência e a participação de pessoas com deficiência em concursos públicos. Nos acórdãos sobre BPC, os autores explicam que o que se discute é a aplicação do modelo social da deficiência ao caso, de forma sucinta e há análise sobre a condição econômica do requerente, vez que é requisito para a concessão do benefício.

O Brasil, portanto, não possui nenhuma lei específica sobre o MVI ou que incentive diretamente a independência da pessoa com deficiência. Mesmo assim, observa-se que os princípios do movimento permeiam a legislação e as decisões nos tribunais. Além disso, os avanços legislativos ocorrem no sentido de intensificar o desenvolvimento da vida independente.

### 3.2. Situação da pessoa com deficiência em Portugal

De maneira diversa ao que ocorreu em outros países europeus, Portugal apresentou um desenvolvimento tardio do modelo social de deficiência, por efeito da



moral judaico-cristã, das associações de caridade à deficiência e pela cultura familista da região (Sabino Neto, 2019; Fontes, 2023).

A partir da década de 1950, emergem as instituições sociais com caráter assistencial, médico e pedagógico que prestam apoio às pessoas com deficiência e suas famílias, dada a inércia estatal. É somente após a queda do regime ditatorial, em 1974, que as ações do Estado passam a responder pelas necessidades das pessoas com deficiência (Sabino Neto, 2019).

Desse modo, antes da ratificação da CDPD, os documentos jurídicos de Portugal, sobretudo os que abarcavam direitos das pessoas com deficiência, baseavam-se em políticas de assistência social, que comprovam a ideologia médica à época, em termos de incapacidade e inadequação da pessoa com deficiência (Fontes, 2009).

Durante este período, destacam-se a Constituição de República Portuguesa (CRP/76) aprovada em 1976, que é considerada uma grande mudança para as pessoas com deficiência em Portugal e suas perspectivas como cidadãos, além de o início da responsabilização Estatal por todos os seus cidadãos, nos quais as pessoas com deficiências estão plenamente abrangidas. Contudo, a necessidade de criação de legislações específicas comprometeu a efetivação do texto constitucional (Fontes, 2009).

Dentre as medidas estatais criadas nesse período, destaca-se o subsídio mensal para pessoas com deficiência menores de 14 anos, através do Decreto-Lei 513-L/79 (Fontes, 2009). Com a publicação do Decreto-Lei n. 160/80, que estabelece um esquema de prestações de segurança social a não beneficiários do sistema contributivo (Portugal, 1980), a proteção social da pessoa com deficiência é ampliada, visto que resulta na criação do regime não contributivo, direcionado às pessoas carentes, nas quais se inclui grande parte da população com deficiência, além da criação de um novo subsídio disponibilizado para pessoas atendidas pelos estabelecimentos de Educação Especial (Sabino Neto, 2019).

A década de 1980, marcada pela entrada de Portugal à União Europeia em 1986, traz consigo políticas de proteção social às pessoas com deficiência, a exemplo da Lei de Bases da Segurança Social publicada em 1984 (Lei 28/84), que passou a ser o documento norteador do sistema de segurança social. Contudo, tais políticas de deficiência permaneceram baseadas em uma perspectiva voltada às necessidades, ao invés de direitos (Fontes, 2009).

Todavia, Portugal passou por uma significativa transformação dos aspectos políticos e jurídicos, refletindo uma transição da abordagem médica da deficiência para a abordagem social da deficiência a partir da década de 1990, convergindo para o quadro internacional dos direitos humanos das pessoas com deficiência (Barata e Pena, 2021).

No início dos anos 2000 verifica-se a criação de políticas públicas nas áreas de emprego, educação, acessibilidade, antidiscriminação das pessoas com deficiência e, ainda, o 1º Plano de Ação para a Integração das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade, referentes aos anos de 2006 a 2009. Ainda que criticados, devido a limitada implementação e conseqüente baixo impacto na vida das pessoas com deficiência, é possível identificar o surgimento dessas políticas no Estado português, ainda antes da ratificação da CDPD (Fontes, 2009).

Essas mudanças ocorreram, em grande medida, por pressão dos ativistas portugueses e estrangeiros e, posteriormente, sob influência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que foi subscrita por Portugal em 2007 e ratificada em 2009 (Barata e Pena, 2021; Fontes, 2023). A ratificação da CDPD gerou para Portugal, assim como para os demais Estados Partes signatários, o imperativo legal



de efetivar o direito das pessoas com deficiência a uma vida independente e possibilitá-las a vida em comunidade (Barata e Pena, 2021; Fontes, 2023).

Nos países do sul da Europa, nos quais Portugal se inclui, os estudos sobre a deficiência ainda são embrionários, ao comparar com países como Reino Unido e Estados Unidos. Contudo, no decorrer da última década, sobretudo, ocorreu um grande aumento na oferta de formação superior, em todos os níveis, no campo da deficiência, além de diversos trabalhos de investigação com o propósito de convergir o tema da pessoa com deficiência com outras linhas de pesquisa relacionadas à vida independente, inclusão social, direitos fundamentais e educação, entre outras (Fontes, 2023).

Em paralelo a isso, assistiu-se uma significativa mudança nas políticas públicas para as pessoas com deficiência no contexto português, impulsionada pelo impacto da ratificação da CDPD pelo Estado Português, a partir de 2009, embora a falta de uma estratégia intersetorial coordenada comprometam o alcance e impacto dessas políticas (Fontes, 2023).

O Portal *online* da República Portuguesa reúne informações, através de um Guia Prático, acerca dos direitos das pessoas com deficiência em Portugal, sendo a sua publicação mais recente datada de 31/07/2019. O guia evidencia 60 (sessenta) normas em vigor no país, que regulamentam os direitos das pessoas com deficiência e auxiliam no caminho desse grupo à independência. O conjunto de normas apontado pelo governo é descrito no Quadro 2, abaixo, por ordem cronológica:

Quadro 2: Legislação portuguesa sobre os direitos das pessoas com deficiência

NORMA	FINALIDADE	ART. CDPD
Decreto nº 86/1976	Decreto que aprova a Constituição da República Portuguesa	
Decreto-Lei nº 143/1986	Estabelece normas sobre a restituição do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) às representações diplomáticas e consulares e ao seu pessoal não nacional.	Art. 4 e 28
Lei nº 46/86	Define a Lei de Bases do Sistema Educativo.	Art. 24
Convenção dos Direitos da Criança (Artigo 28 e 29)	Orientações Curriculares para a Educação Pré-Escolar, 2016. Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.	Art. 24
Decreto-Lei nº 202/96	Estabelece o regime de avaliação de incapacidade das pessoas com deficiência para efeitos de acesso às medidas e benefícios previstos na lei, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 291/2009.	Art. 25, 26, 27 e 28
Decreto-Lei nº 202/1996	Estabelece o regime de avaliação de incapacidade das pessoas com deficiência para efeitos de acesso às medidas e benefícios previstos na lei.	Art. 4, 25 e 28
Lei nº 23/96	Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais.	Art. 8, 12, 19 e 28
Lei nº 5/97	Define Lei Quadro da Educação Pré-Escolar.	Art. 24
Decreto-Lei nº 296-A/98	Estabelece o regime jurídico de acesso e ingresso no ensino superior, alterado pelos DL n.º 99/99, DL n.º 26/2003, DL n.º 76/2004, DL n.º 158/2004, DL n.º 147-A/2006, DL n.º 40/2007, DL n.º 45/2007 e DL n.º 90/2008, retificado pela Declaração de Retificação n.º 32-C/2008.	Art. 24
Decreto-Lei nº 251/98	Regulamenta o acesso à atividade e ao mercado dos transportes em táxi.	Art. 9
Decreto-Lei nº 29/2001	Estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade funcional igual ou superior a 60%, em todos os serviços e organismos da administração central, regional autónoma e local.	Art. 27
Decreto-Lei nº 307/2003	Aprova o cartão de estacionamento de modelo comunitário para pessoas com deficiência condicionadas na sua mobilidade, alterado pelo Decreto-Lei nº 17/2011 e pela Lei nº 48/2017.	Art. 9



Lei nº 38/2004	Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.	Art. 25 e 26
Lei de Bases nº 38/2004	Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.	Art. 17 e 19
Decreto-Lei nº 156/2005	Estabelece a obrigatoriedade de disponibilização do livro de reclamações a todos os fornecedores de bens ou prestadores de serviços que tenham contacto com o público em geral.	Art. 9
Decreto-Lei nº 163/2006	Aprova o regime da acessibilidade aos edifícios e estabelecimentos que recebem público, via pública e edifícios habitacionais, revogando o Decreto-Lei n.º 123/97.	Art. 9
Lei nº 46/2006	Visa "prevenir e proibir a discriminação, direta ou indireta, em razão da deficiência ou risco agravado de saúde, sob todas as suas formas, e sancionar a prática de atos que se traduzam na violação de quaisquer direitos fundamentais, ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais, culturais ou outros, por quaisquer pessoas, em razão de uma qualquer deficiência ou existência de risco agravado de saúde. O disposto na presente lei aplica-se igualmente à discriminação de pessoas com risco agravado de saúde." (nº 1 e n.º 2 do Artigo 1.º e Artigo 3º).	Art. 4, 5, 23, 24 e 25
Lei nº 46/2006	Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.	Art. 25 e 26
Decreto-Lei nº 163/2006	Aprova o regime da acessibilidade aos edifícios e estabelecimentos que recebem público, via pública e edifícios habitacionais, revogando o Decreto-Lei n.º 123/97.	Art. 9
Lei nº 46/2006	Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.	Art. 4 e 5
Decreto-Lei nº 163/2006	Aprova o regime da acessibilidade aos edifícios e estabelecimentos que recebem público, via pública e edifícios habitacionais, revogando o Decreto-Lei n.º 123/97.	Art. 9
Lei nº 22-A/2007	Reforma global da tributação automóvel, aprovando o Código do Imposto sobre Veículos e o Código do Imposto Único de Circulação e abolindo, em simultâneo, o imposto automóvel, o imposto municipal sobre veículos, o imposto de circulação e o imposto de camionagem.	Art. 20
Lei nº 22A/2007	Reforma global da tributação automóvel, aprovando o Código do Imposto sobre Veículos e o Código do Imposto Único de Circulação e abolindo, em simultâneo, o imposto automóvel, o imposto municipal sobre veículos, o imposto de circulação e o imposto de camionagem.	Art. 4 e 20
Lei nº 5/2007	Lei de Bases do Sistema Desportivo.	Art. 30
Lei nº 7/2007	Cria o cartão de cidadão e rege a sua emissão e utilização.	Art. 9 e 20
Decreto-Lei nº 308/2007	Cria o programa Porta 65 - Arrendamento por Jovens, instrumento de apoio financeiro ao arrendamento por jovens, e revoga o Decreto-Lei n.º 162/92.	Art. 19 e 28
Decreto-Lei nº 74/2007	Consagra o direito de acesso das pessoas com deficiência acompanhadas de cães de assistência a locais, transportes e estabelecimentos de acesso público, revogando o Decreto-Lei n.º 118/99.	Art. 9
Decreto-Lei nº 58/2008	Estabelece o regime jurídico aplicável ao contrato de transporte ferroviário de passageiros e bagagens, volumes portáteis, animais de companhia, velocípedes e outros bens, republicado pelo Decreto-Lei n.º 124-A/2018.	Art. 9
Decreto-Lei nº 3/2008	Define os apoios especializados a prestar na educação pré-escolar e nos ensinos básico e secundário dos sectores público, particular e cooperativo.	Art. 19 e 24
Decretos do Presidente da República nº 71/2009 e nº 72/2009	Portugal ratifica a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Adicional. A Convenção e o Protocolo foram, por esta ordem, aprovados pelas Resoluções da Assembleia da República n.º 56/2009 e n.º 57/2009, de 7 de maio de 2009	
Decreto-Lei nº 93/2009	Aprova o sistema de atribuição de produtos de apoio a pessoas com deficiência e a pessoas com incapacidade temporária, alterado pelo Decreto-Lei n.º 42/2011.	Art. 4, 9 e 20
Decreto-Lei nº 281/2009	Cria o Sistema Nacional de Intervenção Precoce na Infância e define as regras	Art. 25



	de funcionamento.	
Decreto-Lei nº 8/2010	Cria um conjunto de unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, destinado às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência, republicado pelo Decreto-Lei n.º 22/2011.	Art. 25
Decreto-Lei nº 8/2011	Aprova os valores devidos pelo pagamento de atos das autoridades de saúde e de serviços prestados por outros profissionais de saúde pública e melhor clarificado na Orientação da DGS n.º 001/2017.	Art. 25
Decreto-Lei nº 113/2011	Regula o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios.	Art. 25
Decreto-Lei nº 181/2012	Aprova o regime do acesso e exercício da atividade de aluguel de veículos de passageiros sem condutor, designada por rent-a-car, alterado pelo Decreto-Lei n.º 207/2015 e Decreto-Lei n.º 47/2018, revogando o Decreto-Lei n.º 354/86.	Art. 9
Decreto-Lei nº 254/2012	Estabelece o quadro jurídico geral da concessão de serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil em Portugal atribuída à ANA - Aeroportos de Portugal, S. A.	Art. 9
Lei nº 30/2013	Lei de Bases da Economia Social	
Lei nº 6/2013	Aprova os regimes jurídicos de acesso e exercício da profissão de motorista de táxi e de certificação das respetivas entidades formadoras.	Art. 9
Decreto-Lei nº 7/2014	Assegura a execução na ordem jurídica interna das obrigações decorrentes do Regulamento (CE) n.º 261/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 1177/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos direitos dos passageiros dos serviços de transporte marítimo e por vias navegáveis interiores.	Art. 9
Decreto-Lei nº 9/2015	Estabelece as condições que devem ser observadas no contrato de transporte rodoviário de passageiros e bagagens, em serviços regulares, bem como o regime sancionatório pelo incumprimento das normas do Regulamento (UE) n.º 181/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho.	Art. 9
Decreto-Lei nº 58/2016	Institui a obrigatoriedade de prestar atendimento prioritário às pessoas com deficiência, pessoas idosas, grávidas e pessoas acompanhadas de crianças de colo, para todas as entidades públicas e privadas que prestem atendimento presencial ao público.	Art. 9
Decreto-Lei nº 41/2016	Concretiza a maioria das alterações autorizadas pela Lei do Orçamento, no que se refere ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, ao imposto sobre o valor acrescentado, ao imposto do selo, ao imposto municipal sobre os imóveis e, finalmente, ao imposto único de circulação.	Art. 4 e 28
Decreto-Lei nº 125/2017	Altera o regime da acessibilidade aos edifícios e estabelecimentos que recebem público, via pública e edifícios habitacionais.	Art. 9
Decreto-Lei nº 126/2017	Oficializa o Sistema Braille em Portugal.	Art. 21
Decreto-Lei nº 74/2017	Implementa as medidas SIMPLEX+ 2016 «Livro de reclamações on-line», «Livro de reclamações amarelo» e «Atendimento Público avaliado».	Art. 9
Lei nº 93/2017	Estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem.	Art. 4, 5 e 18
Decreto-Lei nº 74/2017	Implementa as medidas SIMPLEX+ 2016 «Livro de reclamações on-line», «Livro de reclamações amarelo» e «Atendimento Público avaliado».	Art. 9
Decreto-Lei nº 129/2017	Institui o programa Modelo de Apoio à Vida Independente.	Art. 12 e 19
Decreto-Lei nº 83/2018	Define os requisitos de acessibilidade dos sítios web e das aplicações móveis de organismos públicos, transpondo a Diretiva (UE) 2016/2102.	Art. 9
Decreto-Lei nº 54/2018	Estabelece o regime jurídico da educação inclusiva.	Art. 24
Decreto-Lei nº 55/2018	Estabelece o currículo dos ensinos básico e secundário, os princípios orientadores da sua conceção, operacionalização e avaliação das aprendizagens, de modo a garantir que todos os alunos adquiram os	Art. 24



	conhecimentos e desenvolvam as capacidades e atitudes que contribuem para alcançar as competências previstas no Perfil dos Alunos à Saída da Escolaridade Obrigatória.	
Decreto-Lei nº 65/2018	Altera o regime jurídico dos graus e diplomas do ensino superior.	Art. 24
Lei nº 49/2018	Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344.	Art. 8 e 12
Decreto-Lei nº 29/2018	Estabelece o Porta de Entrada - Programa de Apoio ao Alojamento Urgente.	Art. 19 e 28
Decreto-Lei nº 37/2018	Cria o 1º Direito - Programa de Apoio ao Acesso à Habitação.	Art. 19 e 28
Lei nº 45/2018	Regulamenta o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica.	Art. 9
Decreto-Lei nº 54/2018	Estabelece o regime jurídico da educação inclusiva.	Art. 19 e 24
Decreto-Lei nº 55/2018	Estabelece o currículo dos ensinos básico e secundário e os princípios orientadores da avaliação das aprendizagens.	Art. 19 e 24
Lei nº 4/2019	Estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60 %.	Art. 27

Fonte: Portal *online* da República Portuguesa (Portugal, 2019)

Após a ratificação da CDPD, diversas normas foram criadas e outras modificadas, com intuito de adequar as políticas públicas ao modelo social de deficiência, além de aplicar o Modelo de Vida Independente no contexto português. Contudo, quando realizada esta pesquisa, a publicação mais recente de um guia contendo as normas sistematizadas referentes às pessoas com deficiência encontrada em site oficial do governo português, ocorreu em 2019. Nesse sentido, há um lapso temporal de 5 (cinco) anos em que transcorreram alterações legislativas, entretanto, que não estão agrupadas em um documento no qual guie a pesquisa.

Fernando Fontes (2023) destaca, dentre as políticas públicas desenvolvidas por Portugal, a Prestação Social para a Inclusão (PSI) e o Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI), devido à importância e potencial de transformação social dessas duas leis. Aquela, criada em 2017 (Decreto-Lei n. 126-A/2017), objetiva a unificação das prestações na área da deficiência, assim como busca elevar o nível econômico da pessoa com deficiência para acima do risco de pobreza (Fontes, 2023). Essa prestação mensal é paga às pessoas que demonstrarem incapacidade superior a 60% e visa a promoção de sua inclusão social (Sabino Neto, 2019).

O Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI), aprovado através do Decreto-Lei n. 129/2017, por sua vez, presta assistência às pessoas com deficiência através dos Centros de Apoio à Vida Independente (CAVI). Foram criados, por intermédio do MAVI, 35 CAVI em todo o país a partir de 2019, que contribuem para o acesso das pessoas com deficiência ao exercício dos direitos e cidadania, bem como são responsáveis por oferecer o serviço de assistência pessoal na sua área de influência (Fontes, 2023).

A partir da CDPD há o reconhecimento de que as pessoas com deficiência possuem capacidade jurídica de maneira semelhante às pessoas sem deficiência. Nesse sentido, Portugal efetivou alterações em seu Código Civil, através da Lei n. 49/2018, que criou o regime jurídico do maior acompanhado. O instrumento jurídico em questão, eliminou os institutos da interdição e inabilitação da pessoa com deficiência (Menezes, Pimentel e Lins, 2021).

Portanto, surge as medidas de acompanhamento, conforme artigo 138 do Código Civil Português:



O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código (Portugal, 1966).

As decisões de acompanhamento são regidas pelo princípio da necessidade, que aspiram de um simples apoio às demandas pessoais do acompanhado, a uma assistência ou chegar, ainda, à representação, nos moldes do artigo 145º, b, do Código Civil Português (Menezes, Pimentel e Lins, 2021).

Ocorreu em Portugal, portanto, a partir da ratificação da CDPD, diversas modificações legislativas com o propósito de incorporar o modelo social de deficiência no ordenamento jurídico, além de estimular o desenvolvimento do modelo de vida independente no contexto português.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo analisou a implementação do Movimento de Vida Independente (MVI) das Pessoas com Deficiência em Portugal e no Brasil, considerando o contexto legislativo de cada país. O problema de pesquisa deste trabalho se concentrou em compreender de que forma o MVI se implementa nos dois contextos e, com base nas pesquisas realizadas, constatou-se que embora ambos os países tenham ratificado a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), as trajetórias de implementação do movimento são distintas e relacionam-se com o desenvolvimento regional de cada nação.

A hipótese inicial sugeriu que o movimento estaria em semelhante estágio de desenvolvimento nos dois contextos, o que pode-se dizer que foi parcialmente confirmado, vez que a legislação dos dois países possuem similaridades, especialmente devido à influência da CDPD. Entretanto, as diferenças culturais e políticas levaram a estágios distintos de implementação. Por um lado, Portugal conta com um apoio mais recente e institucionalizado do governo português, enquanto que o Brasil caracteriza-se pelas longas lutas sociais, mas com implementação autônoma e desigual.

A comparação entre os dois países leva à constatação de que nos dois locais o conceito de pessoa com deficiência segue o modelo social, inclusive, visto que ambos são signatários da CDPD. Assim, entende-se que tanto em Portugal quanto no Brasil, o modelo seguido é o que considera que a deficiência está associada à condição do corpo e/ou da mente e a incapacidade está associada às restrições impostas pela sociedade. Dessa forma, não é a deficiência que segrega as pessoas, mas o modo como as pessoas com deficiência são vistas e todas as barreiras sociais enfrentadas por elas.

Quanto ao desenvolvimento do MVI, os dois países possuem diferenças marcantes. No Brasil, o movimento desenvolveu-se a partir da década de 1980, a participação na Assembleia Constituinte de 1988 e a criação do primeiro Centro de Vida Independente (CVI) no mesmo ano foram as primeiras grandes conquistas do movimento. Outro destaque sobre o desenvolvimento na região é relacionado ao fato de que não há financiamento governamental para os CVIs, que buscam recursos de maneira independente.

Em Portugal, por outro lado, as discussões sobre o movimento resultam, principalmente, de influências exteriores e, somente em 2015 criou-se o primeiro CVI, financiado pela Câmara Municipal de Lisboa. Posteriormente, no país, foi aprovado o Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI), através do Decreto-Lei n. 129/2017, que levou à criação de 35 Centros de Apoio à Vida Independente por todo o país.



Observa-se, portanto, que desde o princípio o movimento se desenvolveu de maneiras diferentes em Portugal e no Brasil. No país ibérico, o primeiro CVI surgiu somente em 2015 e com apoio governamental, enquanto que no país latino, o primeiro CVI surgiu 27 anos antes e financiado com recursos próprios, sem apoio governamental.

Quanto às legislações de cada país, verifica-se que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 teve papel precursor na integração social dos indivíduos com deficiência. Entretanto, as leis mais específicas somente foram criadas após a ratificação da CDPD, em 2009. A partir de 2015, com a implementação da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) muitos direitos foram garantidos, como a inclusão educacional e a capacidade civil. No país, merecem destaque 43 leis/normas sobre os direitos das pessoas com deficiência, que são, devido a suas matérias e dificuldades de implementação, consideradas insuficientes para abranger as necessidades do grupo.

Em Portugal, por outro lado, a Constituição de 1976 foi precursora dos direitos das pessoas com deficiência, em suma, 12 anos antes da Constituição brasileira. Já no início dos anos 2000, em Portugal, foram criadas políticas públicas relacionadas a emprego, educação, acessibilidade e antidiscriminação das pessoas com deficiência. A ratificação da CDPD, também em 2009, levou o país a uma aceleração significativa das políticas públicas direcionadas às pessoas com deficiência, destacando-se a criação da prestação social para a inclusão e a criação do regime jurídico do maior acompanhado e, atualmente, ressaltam-se 60 leis no país sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Ao aprofundar as pesquisas, portanto, é possível considerar que Portugal encontra-se em um estágio ligeiramente mais acelerado de desenvolvimento do Movimento de Vida Independente visto que, embora seja possível evidenciar críticas quanto a aplicação do modelo de vida independente, principalmente relacionadas a investimentos insuficientes do governo português em financiar os custos de manutenção do MVI, Portugal possui um arcabouço legislativo mais robusto e especializado acerca do tema.

A localização do país também precisa ser levada em conta, dado que o país ibérico encontra-se no em um grande centro cultural e histórico mundial, rodeado de grandes economias, com altos índices de desenvolvimento humano, baixa criminalidade e baixos níveis de desigualdade social, quando comparados à América Latina.

O Brasil, por sua vez, possui grandes desafios sociais, sendo a causa das pessoas com deficiência extremamente importante e urgente, contudo, muitas vezes apresenta-se estagnada, frente às tantas dificuldades regionais enfrentadas, a exemplo da pobreza extrema, altas taxas de desemprego, altos índices de criminalidade e saúde pública, educação e assistência social insuficientes para atender plenamente a população.

À vista disso, ao considerar os pontos analisados através deste estudo, é possível identificar que nenhum dos contextos está em estado avançado de desenvolvimento do Movimento de Vida Independente das Pessoas com Deficiência. Contudo, este artigo não esgota todas as análises possíveis acerca do tema, sugere-se, portanto, novas análises no que tange a atuação dos Centros de Vida Independentes ou, ainda, estudos relacionados à dificuldade de implementação das legislações vigentes, que resguardam os direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, José Vidal Garcia (org.). **El Movimiento de Vida Independiente: experiencias internacionales**. Madrid: Fundación Luis Vives, 2003. 336 p.



AMIRALIAN, Maria LT *et al.* Conceituando Deficiência. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, fev. 2000. Disponível em: <https://abrir.link/CqdLh>. Acesso em: 26/04/2024

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A Lei 13.146/2015 (o Estatuto Da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiencia) e sua Efetividade. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 12-30, jun. 2016. Disponível em: <https://abrir.link/ibVzl>. Acesso em: 22 abr. 2024

BARATA, Rita; PENA, Maria João. (Re)pensando Significados e Trajetórias para a “Vida Independente” das Pessoas com Deficiência Intelectual: Uma Reflexão para o Serviço Social. **Practice**, v. 27, n. 4, p. 599-615, 2021. Disponível em: <https://abrir.link/SBCvl>. Acesso em: 09 jun. 2024

BARNES, Colin; MERCER, Geof. **Independent Futures**: Creating user-led disability services in a disabling society. Reino Unido: University of Bristol, 2006. 223 p.

BORGES, Jorge Amaro de Souza; STEIL, Carlos Alberto. Participação Social e Direitos da Pessoa com Deficiência: Construindo Políticas Transversais. **Revista Foco**, Curitiba, v. 16, n. 2, p. 1-26, fev. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/ZXZNZ>. Acesso em: 13 apr. 2024.

BRAGA, Luiz Paulo da Silva. Uma análise do processo de construção da Lei Brasileira de Inclusão - LBI (2000 - 2015). In: Simpósio Nacional de História, 31. 2021, Rio de Janeiro. **Anais do XXXI Simpósio Nacional de História - História, verdade e tecnologia**. Disponível em: <https://abrir.link/YRJMa>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Acessibilidade na Câmara: Leis sobre os direitos das Pessoas com Deficiência**. 2024. Disponível em: <https://abrir.link/ZqfVA>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <https://abrir.link/gzxAG>. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 94, 15 de dezembro de 2016**. Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://abrir.link/WBgUD>. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 103, 12 de novembro de 2019**. Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://abrir.link/0YyNc>. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 114, 16 de dezembro de 2021**. Brasília, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://abrir.link/xRwBv>. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <https://abrir.link/HrxwH>. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: <https://abrir.link/r7yZT>. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Brasília, 24 out. 1989. Disponível em: <https://abrir.link/zPbvz>. Acesso em: 08 jun. 2024.



BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. **Governo federal lança Plano Novo Viver sem Limite com cerca de 100 ações para as pessoas com deficiência e investimentos de mais de R\$ 6 bilhões**. nov. 2023. Disponível em: <https://abrir.link/CLEVe>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BRAZZALE, Flávia Balduino. **A pessoa com Deficiência e a Ruptura no Regime das Incapacidades**. Belo Horizonte, 2018.

CORDEIRO, Mariana Prioli. Ativismo e deficiência: um estudo sobre os repertórios que dão sentido à vida independente. **Psicologia em Revista**. Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 114-131, ago. 2009. Disponível em: <https://abrir.link/KmKsz>. Acesso em: 09 jun. 2024

Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência chega ao marco de 150 países. **Nações Unidas Brasil**, 2014. Disponível em: <https://abrir.link/ITCWR>. Acesso em: 09. jun. 2024

DEJONG, Gerben. MPA Vida independente: do movimento social ao paradigma analítico. **Arquivos de medicina física e reabilitação**, v. 60, n. 10, pág. 435-436, 1979. Disponível em: <https://abrir.link/pPnuh>. Acesso em: 03 jun. 2024.

DINIZ, Debora. Modelo social da deficiência: a crítica feminista. **SérieAnis**, Brasília, v. 28, p. 1-10, 2003. Disponível em: <https://abrir.link/yFMXp>. Acesso em: 19 mai. 2024.

FRANÇA, Tiago Henrique. Modelo Social da Deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social. **Lutas Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 31, p. 59-73, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://abrir.link/BtbAh>. Acesso em: 13 abr. 2024.

FONTES, Fernando. Pessoas com deficiência e políticas sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 86, p. 73-93, set. 2009. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/233>. Acesso em: 14 abr. 2024.

FONTES, Fernando; MARTINS, Bruno Sena. Vida independente para pessoas com deficiência: do individualismo à autodeterminação. **Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar**, São Carlos, v. 11, n. 2, 526-540. 2021.

FONTES, Fernando et al. **A deficiência em Portugal: Lugares, corpos e lutas**. Coimbra, 2023.

FUNDAÇÃO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. **Pessoas com Deficiência: luta por direitos**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://abrir.link/zPKQJ>. Acesso em: 08 jun. 2024.

GAUDENZI, Paula; ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 21, n. 10, p. 3061-3070, 2016. DOI 0.1590/1413-812320152110.16642016.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. 443p. Disponível em: <https://abrir.link/vOUDL>. Acesso em: 08 jun. 2024.

LORENTZ, Lutiana Nacur. As Pessoas com Deficiência e sua Inserção Jurídica no Brasil: da Estruturação e Avanço da Onda Inclusiva Deflagrada pela Constituição de 1988 aos Desafios Regressivos Despontados com a Reforma Trabalhista De 2017. **Revista Direito**



**das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. V, n. 3, p. 192-227, set.-dez. 2019. Disponível em: <https://enlaw.com.br/revista/761>. Acesso em: 21 abr. 2024.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. **Inclusão Social**, v. 10, n. 2 (2017): Construção da autonomia e vida independente de adultos com deficiência intelectual, Brasília, 2017. Disponível em: <https://abrir.link/aBISZ>. Acesso em: 19 mar. 2024.

MELO, Francisco Ricardo Lins Vieira; MARTINS, Maria Helena; BORGES, Maria Leonor; GONÇALVES, Teresa. As vozes dos estudantes universitários com deficiência nas instituições públicas de ensino superior no Brasil e em Portugal (2008 - 2015). **Revista Iberoamericana de Educación Superior**, Cidade do México, v. 10, n. 28, p. 42-65, jun. 2019. Disponível em: <https://abrir.link/blZtw>. Acesso em: 14 abr. 2024.

MELO, Francisco Ricardo Lins Vieira de Melo; MARTINS, Maria Helena. Legislação para estudantes com deficiência no ensino superior no Brasil e em Portugal: algumas reflexões. **Revista Acta Scientiarum**, Maringá, v. 38, n. 03, p. 259-269, jul.-set. 2016. Disponível em: <https://abrir.link/MVcpB>. Acesso em: 19 abr. 2024.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Risco do Retrocesso: Uma Análise sobre a Proposta de Harmonização dos Dispositivos do Código Civil, do Cpc, do EPD e da CDPD a Partir da Alteração da Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 12, n. 02, p. 137-171, jul. 2017. Disponível em: <https://abrir.link/lZtPa>. Acesso em: 21 abr. 2024.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES, Herika Janaynna Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra de. A Abordagem da Deficiência em Face da Expansão dos Direitos Humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**; v. 17, n. 2. p. 551-572, jul.-dez. 2016. Disponível em: <https://abrir.link/HUJjY>. Acesso em: 19 mai. 2024.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 296–322, mar. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/43240>. Acesso em: 14 abr. 2024.

NUBILA, Heloísa Brunow Ventura di; BUCHALLA, Cássia Maria. O papel das Classificações da OMS - CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. **Revista Bras Epidemiol**; v. 11, n. 2, p. 324-335, jul. 2008. Disponível em: <https://abrir.link/YQqDn>. Acesso em: 26 abr. 2024

OLIVER, Michael; BARNES, Colin. **The new politics of disablement**. 2. Ed., Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2012.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; FLORES, Enrique Pace Lima. A Luta por Reconhecimento das Pessoas com Deficiência no Brasil: Aspectos Jurisprudenciais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 3, n. 65, p. 493-527, abr. 2021a. Disponível em: <https://abrir.link/gFsSG>. Acesso em: 13 abr. 2024.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; FLORES, Enrique Pace Lima. The repercussion of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Brazilian courts. **Revista Direito e**



**Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 04, p. 2601-2627, ago. 2021b. Disponível em: <https://abrir.link/tHbZs>. Acesso em: 10 jun. 2024.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: VII Revisão Constitucional [2005]. Lisboa, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://abrir.link/iepwG>. Acesso em: 27 abr. 2024.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 513-L/79, de 26 de dezembro**. Lisboa, 26 dez. 1979. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/513-l-430015>. Acesso em: 12 jun. 2024.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 160/80, de 27 de maio**. Lisboa, 27 mai.1980. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/160-1980-474484>. Acesso em: 12 jun. 2024.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344. **Código Civil**. Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 12 jun. 2024.

PORTUGAL. Guia Prático: Os Direitos das Pessoas com Deficiência em Portugal. **República Portuguesa**, 2019. Disponível em: <https://abrir.link/LVWPY>. Acesso em 12 jun. 2024.

PORTUGAL. **Lei n.º 46/2006**. Lisboa, 28 ago. 2006. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2006-156233888>. Acesso em: 12 jun. 2024.

PORTUGAL. Lei n.º 28/84. **Da Segurança Social**. Lisboa, 14 ago. 1984. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/28-1984-382393>. Acesso em: 12 jun. 2024.

RAIOL, Raimundo Wilson Gama; ALENCAR, Evandro Luan de Mattos; ALENCAR, Evander Dayan de Mattos. **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**. p. 433-453, 2021. Disponível em: <https://abrir.link/NDyWi>. Acesso em: 09 jun. 2024

ROCHA, Luiz Renato Martins da; OLIVEIRA, Jáima Pinheiro de. Análise textual pormenorizada da Lei Brasileira de Inclusão: perspectivas e avanços em relação aos direitos das pessoas com deficiência. **Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 17, p. 1-16, 2022. Disponível em: <https://abrir.link/pTqLk>. Acesso em: 10 jun. 2024

SASSAKI, Romeu Kazumi. Nada sobre nós, sem nós: Da integração à inclusão – Parte 2. **Revista Nacional de Reabilitação**, v. 10, n. 57, p. 8-16, 2007. Disponível em: <https://abrir.link/fKOsQ>. Acesso em: 04 jun.2024.

SABINO NETO, Sara Sofia. **Vida independente** – Um estudo comparado sobre pessoas com deficiência que vivem institucionalizadas ou na comunidade. 2019. 40 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://abrir.link/lzOMy>. Acesso em: 13 abr. 2024.

SECRETARIA DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **30 anos do AIPD**: Ano internacional das Pessoas Deficientes 1981-2011. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. – Rio de Janeiro: Revan,



2003.





## OS CONFLITOS NORMATIVOS EM RAZÃO DA SOBREPOSIÇÃO TERRITORIAL DE ÁREAS PROTEGIDAS E DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE NO CONTEXTO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Erika Léa Chamrek<sup>1</sup>  
Renata Egert<sup>2</sup>

**Resumo:** O ordenamento jurídico brasileiro prevê restrições de uso de determinadas áreas, objetificando resguardar espaços relevantes para a conservação das espécies e dos recursos naturais. A competência legislativa concorrente, por sua vez, resulta em aparentes conflitos normativos. É o caso da disparidade entre os percentuais de reserva legal previstos em leis distintas, as quais podem ou não versar sobre o mesmo objeto. O objetivo do presente artigo, enfim, consiste na apresentação da problemática e no estudo de caso concreto na Comarca de São Francisco do Sul-SC referente à ocupação irregular de solo em razão da implementação de loteamentos sem licenciamento ambiental e a tese que decorreu do estudo de viabilidade de cômputo de áreas sobrepostas para fins de manutenção florestal.

**Palavras-chave:** competência ambiental; licenciamento ambiental; sobreposição territorial; áreas especialmente protegidas.

**Abstract:** The Brazilian legal system provides for restrictions on the use of certain areas, with the aim of protecting spaces relevant to the conservation of species and natural resources. Competing legislative competence, in turn, results in apparent normative conflicts. This is the case of the disparity between the legal reserve percentages provided for in different laws, which may or may not deal with the same object. The objective of this article, finally, is to present the problem and study a specific case in the District of São Francisco do Sul-SC regarding the irregular occupation of land due to the implementation of subdivisions without environmental licensing and the thesis that resulted from the study feasibility of calculating overlapping areas for forest maintenance purposes.

**Keywords:** environmental competence; environmental licensing; territorial overlap; specially protected areas.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo teve origem em estágio não-obrigatório realizado junto ao Ministério Público de Santa Catarina, sob supervisão do Promotor Diogo Luiz Deschamps, na 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Francisco do Sul que, entre as suas atribuições, tem a atuação na área do Meio Ambiente. O tema foi sugerido por Rafael Mascia Ferreira da Costa, Assistente da Promotoria, a pedido da acadêmica responsável pela redação do artigo. Na oportunidade, discutiu-se sobre questões de Direito Ambiental que fossem atuais e relevantes no contexto de São Francisco do Sul/SC.

Em análise dos procedimentos em trâmite na 3ª Promotoria de Justiça, identificou-se discussão acerca da viabilidade da sobreposição de áreas protegidas por leis distintas no Inquérito Civil n. 06.2016.00003677-2. No caso, a área objeto é protegida tanto pelo Código Florestal quanto pela Lei da Mata Atlântica. Estes diplomas, porém, fixam percentuais distintos a serem preservados em caso de ocupação.

Os dispositivos resultaram numa discussão acerca da possibilidade de que o adimplemento de uma das leis, especificamente daquela que define a maior porcentagem,

1. Estudante do 10º semestre do Curso de Direito da Unidade de São Francisco do Sul - Universidade da Região de Joinville - Univille; Rua Antônio Zattar, 54, Rocio Pequeno, CEP 89240-000, São Francisco do Sul/SC; erikachamrek@gmail.com; (47) 9 9960-0193.

2. Mestra do Curso de Direito da Unidade de São Francisco do Sul -Universidade da Região de Joinville - Univille.



resultasse no adimplemento de ambas. A proposta das partes em contraposição ao entendimento do Ministério Público acerca da matéria, enfim, incentivou a escolha do objeto de pesquisa, o qual trata dos conflitos normativos que resultam de sobreposição territorial de áreas protegidas.

A pesquisa é majoritariamente bibliográfica, sendo analisadas as referências sobre o assunto em livros e revistas científicas, bem como documental em razão de acrescentar documentos jurídicos como, por exemplo, julgados do Tribunal de Justiça que versam sobre o tema deste artigo. O método dedutivo, por sua vez, foi utilizado como forma de explicitar a verdade, individualizando enunciado universal do contexto jurídico brasileiro e testando hipóteses existentes.

Ante o objetivo geral, o qual diz respeito à análise do conflito normativo em razão da sobreposição territorial de áreas protegidas, optou-se pela pesquisa explicativa. Afinal, a proposta consiste na identificação de variáveis qualitativas e as relações causais entre estas, bem como o esclarecimento da razão de ser do objeto.

## 1. COMPETÊNCIA AMBIENTAL

A competência, relativa à função jurisdicional de órgão ou ente federado, no direito ambiental, é concorrente acerca da maior parte das matérias deste ramo em razão da atribuição de legislar competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Sobre as normas da competência, Luís Paulo Sirvinskas (2022, p. 79), esclarece:

[...] em matéria de meio ambiente, compete ao Poder Público a responsabilidade de dar efetividade ao princípio matriz contido no caput do art. 225 da CF. Para a sua implementação são necessários instrumentos políticos, legais, técnicos e econômicos colocados à disposição do Poder Público com a finalidade de cumprir esse objetivo maior. Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, portanto, a responsabilidade de preservá-lo e defendê-lo deve ser também compartilhada com a comunidade. O Poder Público abrange as entidades federais, estaduais e municipais. Foi com esse objetivo que a Constituição Federal atribuiu a cada uma das entidades públicas competência administrativa e legislativa.

No mesmo norte, Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 375) aduz que a proteção à qual se refere o artigo 23, incisos VI e VII, da CRFB/88 apresenta dois principais aspectos, sendo eles a elaboração de normas e a execução destas, o que se extrai dos artigos 23, 24, 25 e 30, todos da CRFB/88.

Ainda sobre a matéria, Sirvinskas (2022, p. 81) afirma que:

A competência concorrente permite que dois ou mais entes da Federação possam legislar sobre a mesma matéria. Essa competência pode ser dividida em competência concorrente cumulativa e não cumulativa. A primeira é a que permite à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre matérias a eles atribuídas sem limites prévios, enquanto a não cumulativa não permite aos entes federados legislar plenamente, devendo respeitar a competência vertical dos entes de hierarquia superior. Nossa Constituição Federal adotou a competência concorrente não cumulativa no sentido de atribuir à União a responsabilidade de legislar sobre normas de caráter geral (art. 24, § 1º, da CF), e aos Estados e Distrito Federal, sobre normas específicas (art. 24, § 2º, da CF).

Ao tratar da competência concorrente no âmbito do direito ambiental, Marcelo Abelha Rodrigues (2023, p. 72) adota as mesmas repartições apresentadas por



Sirvinskas e discorre que a legislativa tem estrutura vertical, enquanto a administrativa tem estrutura horizontal, ou seja, cumulativa.

“Os entes federativos não podem atuar autônoma e indistintamente sobre as matérias discriminadas no art. 23 da CF” (MILARÉ, 2015, p. 211), visto que a pretensão de se sobrepor uns aos outros pode invalidar atos. Sobre a atuação simultânea dos entes, Édis Milaré (2015, p. 211) também afirma que:

A falta de equilíbrio nessa atuação simultânea da União, Estados, Municípios e Distrito Federal em prol da defesa do meio ambiente, invariavelmente, gera enorme insegurança jurídica, posto que as ações administrativas decorrentes da competência comum devem observar o critério da predominância do interesse.

E, ainda (MILARÉ, 2015, p. 211-212 apud CARNEIRO, 2005, p. 597; BASTOS, 1999, p. 416):

Visando solucionar esse problema, a LC 140/2011 enunciou em seu art. 17 um importante princípio por nós sempre defendido ao tratar dessa matéria, qual seja, o princípio da subsidiariedade. Assim, em nome da eficiência, a Administração Pública, ao exercer sua competência para a aplicação da legislação de proteção ambiental, deve atentar para o mencionado princípio segundo o qual “todas as atribuições administrativas materiais devem ser exercidas, de modo preferencial, pela esfera mais próxima ou diretamente vinculada ao objeto de controle ou da ação de polícia”. Ou, em outras palavras, “nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior”.

Isso implica que, via de regra, o órgão competente para fiscalizar e aplicar pena administrativa em matéria ambiental é o mesmo que possui atribuição para o licenciamento (MILARÉ, 2015, p. 212 apud FINK, 2004, p. 107), o que está previsto no artigo 17 da Lei Complementar 140/2011.

Sobre a dicção do dispositivo, Édis Milaré (2015, p. 212) conclui que embora haja solidariedade no exercício de polícia ambiental por parte dos entes federativos, conforme previsto pela Constituição Federal, deve ser observada a atribuição para licenciar ou autorizar a atividade já que o competente para o fazer também será o principal responsável por exercer o poder de polícia em matéria ambiental.

“Pode ocorrer que, mesmo observando os seus campos de atuação, União e Estados legislem de forma conflitante. Nesse caso, entende-se que deverá predominar a regra mais restritiva” (LEITE, 2015, p. 57), o que visa satisfazer o interesse público e atende ao princípio *in dubio pro natura* que, por sua vez, prevê a prevalência da “norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, ou seja, o meio ambiente” (LEITE, 2015, p. 57 apud MARCHESAN et al, 2010, p. 81).

Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 13) frisam, entretanto, ser imprescindível a compreensão e aplicação adequada do princípio em comento, haja vista a necessidade de conciliação deste “com outros princípios de interpretação e aplicação do Direito em caso de conflitos” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 13) como, por exemplo, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Além da antinomia, conforme aduz Terence Trennenpohl (2022, p. 133), a competência para licenciamento ambiental consiste num dos tópicos mais palpitantes desse ramo do direito, pois possibilita diversas interpretações e aplicações, o que gera constante conflito na aplicação prática por parte dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente.



### 1.1. Licenciamento ambiental

Segundo Édis Milaré (2015, p. 789), o licenciamento é um instrumento de gestão do ambiente, porque a Administração Pública exerce controle das atividades humanas que interferem nas condições ambientais através dele. Assim, tem-se que o licenciamento permite a compatibilização entre desenvolvimento econômico e equilíbrio ecológico.

Frisa-se que, via de regra, atividades econômicas podem ser desenvolvidas sem autorização de órgão público, sendo as atividades referidas exceções, o que se extrai do artigo 170, parágrafo único da CRFB/88 que prevê ser “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Quanto à redação do dispositivo, cumpre esclarecer que o termo “lei” deve ser interpretado no seu sentido estrito, o que se difere expressão “na forma da lei”, compreendida no sentido lato. Assim, o dispositivo prevê que as licenças somente podem ser criadas por lei ou, alternativamente, por meio infralegal desde que a lei assim preveja (MACHADO, 2004, p. 259).

Em que pese a expressão licenciamento ambiental, por sua vez, também se faz necessário esclarecer que “o emprego na legislação e na doutrina do termo licenciamento ambiental não traduz necessariamente a utilização da expressão jurídica licença, em seu rigor técnico” (MACHADO, 2004, p. 257).

É possível empregar a expressão supra como um equivalente de autorização ambiental, visto que a redação em comento faz referência ao sistema de autorizações e, nos moldes do artigo 225, *caput* do mesmo diploma legal, tem-se que a intervenção do Poder Público em matéria ambiental está preponderantemente vinculada ao sentido de prevenção do dano (MACHADO, 2004, p. 257).

Para Édis Milaré (2015, p. 790 *apud* MELLO 2014, p. 499), o licenciamento ambiental se assemelha ao processo administrativo na medida em que consiste numa “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”, no caso, a licença.

Todavia, conforme discorre Carla Pinheiro (2017, p. 45) sobre a natureza jurídica dos atos administrativos referidos como licenças ambientais, faz necessário ressaltar que estes ora se assemelham com licença, ora com autorização do Direito Administrativo, visto que “sem a análise do caso concreto, o máximo que se pode afirmar é que se está diante de uma natureza jurídica *sui generis*”.

Em síntese, a autora pontua que a delimitação da natureza jurídica deve observar o caso prático, pois “a depender da situação, a licença ambiental de um determinado tipo de empreendimento poderá ter autorização administrativa ou licença administrativa” (PINHEIRO, 2017, p. 45).

Destaca-se que há concessão de licença administrativa quando a atividade está em plena adequação às normas administrativas e legislação ambientais e de autorização administrativa quando existem falhas e omissões na atividade, mas a Administração Pública opta por sua adequação (PINHEIRO, 2017, p. 45 *apud* SILVA, 2003).

A licença administrativa, porém, não se confunde com a licença ambiental já que a primeira só pode ser revogada em razão de interesse público ou de violação de norma legal e ocorre mediante indenização após ser oportunizada a ampla defesa e o contraditório, conforme destaca Paulo de Bessa Antunes (2023, p. 110-112) ao citar a redação do Ministro Carlos Madeira do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário n. 106.931/PR, julgado pela 2ª Turma, publicado no Diário de Justiça da União (DJU) em 16/05/1986 à página 8.188 e a redação do Ministro Mario Guimarães do



STF no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de n. 2.810, publicado no DJU em 24/12/1956 à página 2.465.

Sobre a distinção entre as licenças e autorizações ambientais, extrai-se:

As licenças e autorizações ambientais têm as suas origens imediatas nas licenças e autorizações administrativas e com estas mantêm uma relação intensa e, por vezes, conflitante. Assim, não há que se confundir a licença ambiental com a autorização ambiental. As duas modalidades de alvarás são perfeitamente válidas. Ocasionalmente existirão em que a hipótese será de concessão de licença ambiental; em outras, a questão será resolvida mediante autorização ambiental. A LC 140/2011, expressamente, e em várias passagens, reconhece a existência das “autorizações ambientais”. (ANTUNES, 2023, p. 112).

A diferença entre as autorizações e as licenças também é observada nos ordenamentos jurídicos estaduais e municipais. Antunes conclui, ainda, que “a autorização ambiental é o alvará administrativo que estabelece as condições de realização ou operação de empreendimentos, atividades, pesquisas e serviços de caráter temporário ou para execução de obras que não caracterizem instalações permanentes” e afirma que “soa ilógico que a licença ambiental e autorização ambiental tenham a mesma natureza jurídica” (ANTUNES, 2023, p. 112).

Por fim, cumpre esclarecer que embora certa atividade seja submetida ao licenciamento ambiental de determinado órgão, tem-se que isso “não afasta o poder de polícia dos demais” (TRENNEPOHL, 2022, p. 131) e, portanto, mesmo que o objeto seja licenciado por um ente federativo, a fiscalização pode ser exercida por outro a qualquer tempo, o que ocorre através de autuação e apuração de infração por processo administrativo.

## **2. ÁREAS PROTEGIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Nos termos do artigo 2º, da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), entende-se por área protegida aquela que é destinada, regulamentada ou administrada em observância a objetivos específicos de conservação, englobando-se as unidades de conservação.

Sobre a distinção entre as áreas especialmente protegidas e as unidades de conservação especificamente, também esclarece Paulo de Bessa Antunes (2021, p. 651):

Espaços territoriais especialmente protegidos e unidades de conservação, muito embora sejam conceitos próximos, não devem ser confundidos. Os ETEP englobam as UCs, mas não se limitam a elas. Existem os espaços protegidos genericamente, por exemplo, aqueles contemplados na Lei nº 12.651/2012, como as áreas de preservação permanente, a reserva legal e as áreas de uso restrito, bem como aqueles que dependem do reconhecimento do poder público e, também existem aqueles que têm origem na Lei nº 9.985/2000 (Lei do SNUC).

A fundamentação constitucional para a criação dos espaços territoriais especialmente protegidos (ETEP), enfim, consta no inciso III do § 1º do artigo 225 da CRFB/88, o qual determina que o poder público deve “definir, em todas as em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos” (ANTUNES, 2023, p. 323).



Frisa-se que, no que tange aos ETEP, a alteração e a supressão são permitidas apenas mediante lei e qualquer utilização que “comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (ANTUNES, 2023, p. 323) é vedada.

Logo, não há uma proibição de que todas as áreas especialmente protegidas sejam utilizadas e economicamente exploradas, mas de que essa utilização altere “as características e os atributos que fundamentaram à especial proteção” (ANTUNES, 2023, p. 323), o que justifica a existência de diferentes categorias de manejo nas unidades de conservação (UCs).

Estas, por sua vez, consistem em espécie de gênero de área protegida que consta na Constituição Federal de 1988. Nos termos da Lei nº 9.985/2000, a qual institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), tem-se que o seu artigo 2º, inciso I, prevê:

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;

O mesmo diploma legal faz, ainda, uma categorização das unidades de conservação em dois grupos, quais sejam as de proteção integral e de uso sustentável. Enquanto o objetivo básico das primeiras diz respeito à preservação da natureza, sendo admitida somente o uso indireto de seus recursos naturais, as segundas visam compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcelas dos seus recursos (Lei nº 9.985/2000, art. 7º).

Inclusive, nos moldes do artigo 27 da Lei nº 9.985/2000, extrai-se que “as unidades de conservação devem dispor de um Plano de Manejo” que à inteligência do § 1º do mesmo artigo, “deve abranger a área da unidade de conservação, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos” e, ainda, incluir “medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas”.

O Plano de Manejo está relacionado ao rol exaustivo de estudos ambientais na Resolução CONAMA 237/1997 que, ao artigo 1º, inciso III, são definidos como sendo “todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado, como subsídio para a análise da licença requerida (ANTUNES, 2023, p. 126).

Sobre o assunto, escreve Antunes (2023, p. 129):

A Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação define Plano de Manejo como o documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade. Todavia, o plano de manejo não se aplica apenas às unidades de conservação. A flora e a fauna que não estejam incluídas no interior de uma unidade de conservação também podem ser manejadas.

E, ainda:

Na inexistência de Plano de manejo e até a sua elaboração, todas as atividades e obras desenvolvidas nas UCs de proteção integral devem se limitar àquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger,



assegurando-se às populações tradicionais porventura residentes na área as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais. (ANTUNES, 2023, p. 344).

Em síntese, o plano de manejo trata-se do documento que prevê as regras de uso de uma unidade de conservação, delimitando as condutas admitidas e proibidas na área e respectiva zona de amortecimento da unidade, apresentando caráter normativo e preventivo (MILARÉ, 2015, p. 1291).

Na prática, porém, sabe-se que pode ocorrer sobreposição entre unidades de conservação. Sobre o assunto, discorre Luís Paulo Sirvinskas (2022, p. 238):

Mosaicos são constituídos por um conjunto de unidades de conservação de categorias diferentes ou não, próximas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas, públicas ou privadas. A gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional (art. 26 da Lei n. 9.985/2000).

Pedro Abi-Eçab e Rafael Kurkowski (2023, p. 152) também tratam da gestão conjunta dos componentes de um mosaico e aduzem que:

Visando à integração das unidades de conservação sob o ponto de vista da eficiência administrativa na gestão, o art. 26 da Lei nº 9.985/2000 prevê o instituto do mosaico de unidades, quando existir um conjunto destas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas públicas ou privadas.

Nesta hipótese, a gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional.

Essa característica é inerente aos mosaicos, visto que o próprio vocábulo expressa a ideia de que se tratam de peças distintas que estão justapostas de modo a resultar numa figura maior por sua integração. No entanto, as unidades de conservação não precisam ser contíguas, mas sim próximas e interagentes (MILARÉ, 2015, p. 1290).

O instituto não se trata de uma construção doutrinária, visto que está previsto artigo 26 da Lei nº 9.985/00, cuja redação faz constar que “a gestão do conjunto deverá ser feita de forma integrada e participativa, considerando-se os seus distintos objetivos de conservação”.

O reconhecimento do mosaico, porém, será reconhecido em ato do Ministério de Meio Ambiente mediante solicitação dos órgãos gestores das unidades, conforme dispõem o artigo 8º do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002 (MILARÉ, 2015, p. 1290).

## 2.1. Áreas de preservação permanente

De acordo com o artigo 3º, inciso II, da Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, a qual dispõem sobre a proteção da vegetação nativa, compreende-se como área de preservação permanente (APP), *in verbis*, aquela:

[...] área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a



biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Destaca-se a opção do legislador em redigir que a área pode ou não ser coberta por vegetação nativa, visto que o conceito previsto no Código Florestal de 1934, revogado pela Lei n. 12.651/12, constava apenas o termo vegetação natural. Logo, a possibilidade de cobertura por vegetação exótica é expressa (SIRVINSKAS, 2022, p. 247).

No artigo 4º da Lei n. 12.651/12 também restam delimitadas como áreas de preservação permanente os manguezais, as restingas e as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, entre outras hipóteses previstas no dispositivo em comento.

Há, ainda, a possibilidade de que uma área coberta por vegetação seja declarada como sendo de preservação permanente em razão de interesse social nos moldes do artigo 6º do mesmo diploma legal, observando-se as finalidades elencadas no seu rol.

Há obrigação de manter a vegetação que se encontra em APP por parte do proprietário, possuidor ou ocupante da área, nos moldes do artigo 7º, caput, da Lei Federal nº 12.651/12. Na hipótese de supressão, ressalvado previsão legal, este deverá promover a recomposição da vegetação, sendo essa uma obrigação de natureza real que se transmite aos sucessores quando ocorre transferência de domínio ou posse de imóvel, conforme previsto aos parágrafos 1º e 2º do artigo 7º do mesmo diploma legal (OLIVEIRA, 2017, p. 264).

## 2.2. Reserva florestal legal

Além da categorização das áreas protegidas em áreas de proteção especial e unidades de conservação, faz necessário distinguir-se as reservas legais, visto que o seu regime jurídico não se confunde com o regime daquelas que merecem proteção especial.

O conceito de reserva florestal legal é dado pelo artigo 3º, inciso III, da Lei n. 12.651/12, o qual dispõem que:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

Entretanto, a redação do artigo 12 do mesmo diploma legal prevê, *in verbis*, que:

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

Prevê, ainda, o artigo 35 da lei referida:

Art. 35. A conservação, em imóvel rural ou urbano, da vegetação primária ou da vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica cumpre função social e é de interesse público, podendo, a critério do proprietário, as áreas sujeitas à restrição de que trata esta Lei ser computadas para efeito da Reserva Legal e seu excedente utilizado para fins de compensação ambiental ou instituição de Cota de Reserva Ambiental - CRA.



Em síntese, o termo “Reserva Florestal Legal” ou “Reserva Legal” é utilizado para tratar do “espaço florestal que deve ser preservado, além das Áreas de Preservação Permanente” (SIRVINSKAS, 2022, p. 246) nesse contexto ou, ainda, da “preservação de parte de uma área maior de determinada propriedade particular com o objetivo da preservação da vegetação ali existente” (SIRVINSKAS, 2022, p. 254).

O legislador prevê que um percentual mínimo de área com cobertura nativa deve ser mantido em todo o imóvel rural e, expressamente, consta que não prejuízo da aplicação das normas que versam sobre as Áreas de Preservação Permanente, o que diz respeito à hipótese de que haja num mesmo imóvel áreas protegidas por instrumentos distintos.

Nesse norte, Édis Milaré (2015, p. 1352) aduz:

[...] além da legislação ordinária, a criação de Unidades de Conservação tem se constituído no mecanismo adotado pelo Poder Público mais eficaz para fins de proteção e conservação de porções mais significativas e representativas desses biomas.

O excerto se refere aos biomas elegidos pela CRFB/88 como patrimônio nacional de modo a resguardar “a preservação dos seus atributos biológicos e a sustentabilidade de seus recursos naturais” (MILARÉ, 2015, p. 1351), quais sejam a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense, a Zona Costeira e a Serra do Mar.

Especialmente sobre o bioma Mata Atlântica, Édis Milaré (2015, p. 1376) esclarece que “o corte e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração” podem ser vedados, entre outras hipóteses, “quando o proprietário ou posseiro não cumprir os dispositivos da legislação ambiental, em particular as exigências da Lei no que respeita às Áreas de Preservação Permanente e à Reserva Florestal Legal”.

Paulo de Bessa Antunes (2023, p. 316) discorre, no mesmo sentido, acerca do regime jurídico do bioma que:

O corte e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica são proibidos nas hipóteses em que a (1) a vegetação (a) abrigue espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, em território nacional ou em âmbito estadual, assim declaradas pela União ou pelos Estados, e a intervenção ou o parcelamento ponham em risco a sobrevivência dessas espécies; (b) exerça a função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão; (c) forme corredores entre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração; (d) proteja o entorno das unidades de conservação; ou (e) possua excepcional valor paisagístico, reconhecido pelos órgãos executivos competentes do Sisnama.

Apesar do Bioma Mata Atlântica possuir lei específica que o resguarda e regulamenta a sua utilização, porém, cumpre destacar que não há “exclusão das demais normas de proteção ambiental” (ANTUNES, 2023, p. 315) ao tratar desse bioma, uma vez que elas devem ser aplicadas subsidiariamente em função do princípio de especialização.

### **2.3. Compensação ambiental**

A compensação ambiental consta ao artigo 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, a qual institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), o qual determina que:



Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

E continua:

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

§ 4º A obrigação de que trata o caput deste artigo poderá, em virtude do interesse público, ser cumprida em unidades de conservação de posse e domínio públicos do grupo de Uso Sustentável, especialmente as localizadas na Amazônia Legal.

O estudo de impacto ambiental e seu relatório, previstos no caput do artigo em comento, tem-se a Constituição Federal prevê a sua exigibilidade para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental na forma da lei através da disciplina do inciso IV do § 1º do artigo 225 (ANTUNES, 2023, p. 345).

Isso significa que “à lei ficou reservada a possibilidade de disposição sobre os EIA, ainda que boa parte da doutrina considere que a Constituição possa ser regulada por simples Resolução administrativa” (ANTUNES, 2023, p. 345 apud MACHADO, 2005, p. 217).

Os danos ambientais, por outro lado, não são conceituados pela legislação brasileira, mas as noções de degradação da qualidade ambiental e de poluição restam delimitadas pela Lei Federal nº 6.938/81, especificamente aos incisos II e III do artigo 3º. Elas se diferem na medida em que a primeira diz respeito a qualquer alteração adversa e a segunda restringe-se à degradação tipificada pelo resultado danoso (MILARÉ, 2015 p. 318).

A compensação ambiental, em suma, consiste num instituto diretamente relacionado à possibilidade de recuperação dos danos ao meio ambiente na medida em que, apesar do § 3º do artigo 225 da CRBF/88 estabelecer a obrigação geral da reparação, há casos práticos nos quais esta é inviável (ANTUNES, 2023, p. 346).

Édis Milaré (2015, p. 323 apud MEIRELLES, 2012, p. 238), por sua vez, aduz que na maioria das vezes a consumação da lesão ambiental é irreparável e, por isso, o interesse público consiste majoritariamente em obstar agressão ao bem tutelado ou obter



“a reparação direta e *in specie* do dano” do que em receber uma quantia financeira para sua recomposição.

Assim, há duas principais formas de reparação de dano ambiental, qual seja a restauração *in specie* e a indenização pecuniária. Embora não sejam hierarquicamente equivalentes, em razão da prioridade da primeira em relação à segunda, elas podem ser cumulativas e exigidas simultaneamente em observância ao princípio da reparação *in integrum*, o que se extrai da redação do Ministro Herman Benjamin na REsp nº 1198727/MG, em 14 de agosto de 2012, julgada pela 2ª Turma do STJ (MILARÉ, 2015, p. 333).

### 2.3.1. Da sobreposição de reserva legal e área de preservação permanente

A respeito da compensação ambiental, o artigo 35 da Lei Federal nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, a qual dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, determina, *in verbis*:

Art. 35. A conservação, em imóvel rural ou urbano, da vegetação primária ou da vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica cumpre função social e é de interesse público, podendo, a critério do proprietário, as áreas sujeitas à restrição de que trata esta Lei ser computadas para efeito da Reserva Legal e seu excedente utilizado para fins de compensação ambiental ou instituição de Cota de Reserva Ambiental - CRA. (Redação dada pela Lei nº 12.651, de 2012).

Parágrafo único. Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, as áreas de preservação permanente não integrarão a reserva legal.

O dispositivo prevê a hipótese na qual a sobreposição para fins de cômputo em conjunto é viável. A interpretação do artigo 35, porém, levanta discussões acerca da sua aplicabilidade na hipótese de sobreposição entre reserva legal e área de preservação permanente, o que é o caso do Inquérito Civil SIG-MP nº 06.2016.00003677-2, instaurado por Promotoria de Justiça com atribuição ambiental na comarca de São Francisco do Sul, onde compreendeu-se que o caso concreto não cabe na hipótese do artigo.

De acordo com o teor do Ofício n. 0090/2019/01PJ/SFS, extraído da p. 222-224 do Inquérito Civil de SIG-MP nº 06.2016.00003677-2, em 2006, a 1ª Promotoria de Justiça de São Francisco do Sul ajuizou a Ação Civil Pública de EPROC nº 0004217-50.2006.8.24.0061 em desfavor de Alzemirom Ermelindo Nogara, Odilia Tomaz Nogara e do Município de São Francisco do Sul, visando a regularização dos loteamentos Cidade Balneária Maresol, Cidade Balneária Luzemar e Cidade Balneária Sayonara, localizados no bairro Ervino, os quais foram implantados sem prévio licenciamento ambiental em razão da anuência e omissão de fiscalização por parte da municipalidade.

Extrai-se da manifestação de Evento 551, Anexo 1, p. 6 dos autos de EPROC nº 0004217-50.2006.8.24.0061 que:

Constatou-se a implantação dos referidos loteamentos pelos réus Alzemirom Ermelindo Nogara e sua esposa Odilia Tomaz Nogara sem as devidas licenças ambientais dos órgãos competentes (como licença prévia, licença para instalação e autorização de corte).

Verificou-se, ademais, que referidos loteamentos são constituídos de áreas legalmente protegidas. Algumas se confrontam com manguezais, outras com o rio Perequê e o Canal do Linguado, outras são áreas de restinga. As áreas dos três loteamentos possuem lençol freático alto, portanto fragilizado, não havendo projeto dispondo sobre o sistema de tratamento de esgoto.



E, ainda:

[...] os loteadores já efetuaram e continuam a efetuar a venda ilegal de lotes integrantes dos loteamentos contestados, trazendo prejuízo não só ao meio ambiente, mas ao consumidos que está sendo enganado.

Tais vendas culminaram em ocupação irregular nos loteamentos ilegais em comento, sendo frequentes o corte de árvores frondosas, da mata nativa, com queimadas que colocam em risco toda a área de preservação, com incêndios criminosos.

O Ministério Público, através da mesma manifestação, justificou a Ação Civil Pública em razão da vedação expressa ao corte, exploração e supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica e a impossibilidade de dispor diretamente dos recursos de área de preservação permanente (APP).

O regular trâmite da ação em comento foi interrompido pela celebração de um acordo que abrangeu todas as ações que envolviam os loteamentos na Praia do Ervino e determinou que os loteamentos em questão necessitam de licenciamento ambiental, mas o referido não foi cumprido pelas partes e, à data do Ofício em comento, não havia processo de execução.

Por outro lado, em 2018, houve reunião entre o Ministério Público de Santa Catarina e a Secretaria Municipal de Meio Ambiente na qual sobreveio informação de que houve encaminhamento de proposta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ao loteador pela municipalidade.

A proposta foi posteriormente aceita pelo loteador e restou homologada ao Evento 113 dos autos de EPROC nº 5000695-70.2019.8.24.0061, mas o seu descumprimento deu origem ao Cumprimento de Sentença de EPROC nº 5000891-98.2023.8.24.0061, o qual tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de São Francisco do Sul.

Em paralelo, no Inquérito Civil de SIG-MP nº 06.2016.00003677-2, instaurado em 2016 para apurar supressão de vegetação no Loteamento Sayonara localizado na Praia do Ervino, haja vista dificuldade do loteador em regularizar os loteamentos Cidade Balneária Maresol, Cidade Balneária Luzemar e Cidade Balneária Sayonara e, visando estabelecer as bases para um futuro TAC, foi realizada audiência entre os representantes do Ministério Público, Município e loteador (p. 932-934, SIG-MP nº 06.2016.00003677-2).

Após, conforme extrai-se das p. 937-942, SIG-MP nº 06.2016.00003677-2 e Evento 24, EPROC nº 5000891-98.2023.8.24.0061), restou formulada proposta de manutenção florestal pelo representante do loteador nos seguintes termos:

vegetação em estágio avançado: 350.802,428 m<sup>2</sup> devendo permanecer o mínimo 50%, conforme dispõem a Lei n. 12651, de 25 de maio de 2012, sendo que a proposta de mapa apresenta área de manutenção de 177.641,644 m<sup>2</sup>, equivalente à 50,64% da vegetação avançada.

vegetação em estágio médio é de 2.209.373,252 m<sup>2</sup>, devendo permanecer no mínimo 30%, conforme dispõem a Lei n. 12651, de 25 de maio de 2012, sendo que a proposta de mapa apresenta área de manutenção de 1.040.403,44 m<sup>2</sup>, equivalente à 47,1% da vegetação média e área de preservação permanente (APP).



Em observância ao mapa de p. 942, anexado à proposta, verifica-se o computo das áreas de sobreposição entre áreas de vegetação e de preservação permanente, o que levou a discussão sobre a viabilidade da proposta no Inquérito Civil em análise.

O loteador, através de parecer elaborado por empresa de consultoria ambiental, sustenta a possibilidade de que as APPs sejam incluídas nas porcentagens referentes às vegetações em estágio médio e avançado, o que busca justificar em função da não vedação expressa da prática (p. 887, SIG-MP nº 06.2016.00003677-2):

A área proposta como manutenção é composta em sua maioria por florestas de restingas, florestas transacionais entre restinga e floresta ombrófila Densa (FOD) e FOD de Terras Baixas, além, de pequenos fragmentos relictuais de Manguezais e Apicuns, sendo uma quantidade significativa destas áreas compreendem Áreas de Preservação Permanente - APP, conforme definição constante no Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), o que não consiste em um empecilho para o uso destas como manutenção florestal em um processo de supressão de vegetação, uma vez que a Lei da Mata Atlântica dispõe, unicamente, que o percentual deve ser calculado em relação à área total coberta por dada vegetação não havendo ressalvas relacionadas à sobreposição com eventual APP. Ou seja, inexistente qualquer disposição legal que impeça a sobreposição dessas áreas (Manutenção florestal e APP).

Cumpra esclarecer acerca do TAC que, para fins de regularização, as quadras de cada um dos 13 loteamentos localizados na Praia do Ervino foram divididas em duas categorias, quais sejam as áreas consolidadas e não consolidadas. Nas primeiras, restaram autorizadas a ligação de energia elétrica e emissão de alvará de construção, enquanto na segunda foi restringida qualquer intervenção até a realização do licenciamento ambiental exclusivo da área ou para atividades inclusas nesta como, por exemplo, loteamentos e condomínios (p. 94, SIG-MP nº 06.2016.00003677-2).

No que tange aos 124 lotes localizados na Cidade Balneária Sayonara, objeto do Inquérito Civil nº 06.2016.00003677, instaurado pela 1ª Promotoria de Justiça de São Francisco do Sul em 2016 para apurar supressão de vegetação na área, tem-se que estes se tratam de imóveis irregulares em razão da falta de licenciamento ambiental, ou seja, áreas não consolidadas.

Dito isto, 62 dos lotes em questão estão assentados em Área de Preservação Permanente (99-100, SIG-MP nº 06.2016.00003677), além de haver incidência de bioma de Mata Atlântica que, nos moldes artigo 225, § 4º da CRFB/88, trata-se de patrimônio nacional cuja utilização deve ocorrer em condições que assegurem a preservação do meio ambiente e dos seus recursos.

Tratando-se de Santa Catarina, especialmente, tem-se que todo o estado está coberto pela Mata Atlântica, conforme demonstra o mapa de biomas e sistema costeiro-marinho disponibilizado no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o que faz com que toda a exploração florestal em território estadual observe a Lei Federal nº 11.428/06 e a Lei Estadual nº 10.472/97, ambas dispendo sobre o bioma.

Na Ação Civil Pública nº 0004217-50.2006.8.24.0061, do TJSC, a peça inicial formulada pelo Ministério Público (Evento 551, Anexo 1, p. 8) já salientava que:

[...] a Mata Atlântica é um dos biomas mais ameaçados do planeta e por isso as ações para sua preservação e restauração devem ser priorizadas nas políticas de conservação de biodiversidade.

Há na região norte de Santa Catarina, em especial São Francisco do Sul, a presença de importantes remanescentes de Mata Atlântica e a restinga da Praia Grande é o mais importante remanescente contínuo de ecossistemas costeiros no



Estado, sendo de frisar, ainda, que a preservação desses fragmentos de ecossistemas da Mata Atlântica é imprescindível para a conservação de espécies endêmicas e ameaçadas de extinção.

A mera observação das porcentagens, porém, desconsidera da finalidade dos dispositivos que resguardam cada um dos bens jurídicos tutelados presentes no caso concreto. Nesse sentido, a 3ª Promotoria de Justiça da Comarca, onde atualmente tramita o Inquérito Civil, rejeitou a proposta e aduziu (p. 890, SIG-MP nº 06.2016.00003677):

[...] admite-se que é tentadora a ideia de fazer contar as APPs na porcentagem de Mata Atlântica a ser preservada, considerando que com isso se poderia expandir a área permitida para construção de forma exponencial. Não obstante, a aparente redundância das duas leis, que produz a impressão que o bem jurídico tutelado é o mesmo, produz uma sensação apenas ilusória e que não se sustenta após uma análise mais minuciosa do espírito de cada uma.

No mesmo despacho, o Ministério Público destaca que “a Mata Atlântica é a que proporcionalmente foi mais desmatada desde a chegada lusitana em 1500” (p. 890, SIG-MP 06.2016.00003677) e justifica o não acolhimento da proposta em observância aos princípios da máxima efetividade, prevenção, precaução e do desenvolvimento sustentável, bem como ao *in dubio pro ambiente*, os quais fixam o tom da legislação pertinente à matéria.

De acordo com a fundamentação, há diferenciação entre o que consiste em APP e Mata Atlântica, citando os artigos 3º, inciso II e 4º, ambos da Lei Federal nº 12.651/12 e artigo 2º da Lei Federal nº Lei nº 11.428/06 que delimitam as APPs e o bioma de Mata Atlântica respectivamente.

Extrai-se (p. 892, SIG-MP nº 06.2016.00003677):

É dizer, enquanto o Código Florestal pretende estabelecer um modo ou uma forma de preservação, que pode ser aplicado a diferentes tipos de vegetação, a Lei da Mata Atlântica resguarda um bioma específico, e dá as características da vegetação que poderá se enquadrar na proteção da referida lei. De outra forma, pode-se diferenciar ambos Códigos pelo critério de preservação: o Código Florestal se ocupa do cuidado do meio ambiente mormente em função da sua localização, se perto ou distante de curso d'água, se é topo de morro ou não, entre outros, sem diferenciação de quais espécies de flora e fauna ali habitam.

E ainda (p. 893, SIG-MP nº 06.2016.00003677):

A Lei 11.428/2006, noutro norte, garante a proteção à flora da Mata Atlântica apenas com base na sua própria substância, independente do seu entorno ou da sua distância do litoral. As araucárias do extremo oeste catarinense são tão protegidas quanto aquelas do planalto de Curitiba ou da serra gaúcha, todas resguardadas graças ao fato de pertencerem a uma mesma espécie. Uma terceira forma de se diferenciar os diplomas diz respeito ao seu aprofundamento. É dizer que, enquanto o Código Florestal é lei geral, a Lei da Mata Atlântica é evidentemente específica, e a tentativa atender ao disposto em ambas com apenas uma ação fatalmente resultará inexitosa.

A 3ª Promotoria de Justiça da Comarca, enfim, conclui que “a distinção do objeto de cada lei é necessária” (p. 893, SIG-MP nº 06.2016.00003677). Isso porque os códigos apresentam fundamento jurídico e finalidade distintas, o que significa que a conjugação das áreas a serem preservadas resulta em prejuízo para um dos bens jurídicos em



questão, além do fato de que a proposta do loteador resulta numa área de manutenção consideravelmente inferior à combinação das duas fontes legais.

Nos termos do despacho, o caso concreto difere da hipótese na qual há “duas leis, com mesmo objeto, cada uma prevendo porcentagens distintas destinadas à preservação” (p. 893, SIG-MP nº 06.2016.00003677), visto que nesse cenário haveria a possibilidade de adimplir com a maior das duas já que a porcentagem menor estaria inclusa na maior por versarem os dispositivos sobre o mesmo bem.

Frisa, ainda, que no caso de São Francisco do Sul há “coincidência entre o tipo de vegetação prevalente na Áreas de Preservação Permanente e o bioma Mata Atlântica, tais como manguezais e restingas” (p. 893, SIG-MP nº 06.2016.00003677), mas se trata de equivalência accidental que resulta do caráter litorâneo do Município e não justifica o acolhimento de sobreposição no cômputo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A antinomia, isto é, a negação de uma norma em razão de outra, pode ocorrer no Direito Ambiental em função da legislação concorrente, mas a Constituição Federal possui dispositivos que visam mitigar a sua incidência como, por exemplo, o artigo 24, § 1º que limita a competência na União em estabelecer normas gerais.

A doutrina também aponta dois critérios para edição de normas por Estados, Distrito Federal e Municípios, que devem ser observados simultaneamente e atendem ao mesmo objetivo. São eles a conformidade com a norma geral e o estabelecimento de padrões mais protetivos ao meio ambiente, conforme o critério da norma mais restritiva, sendo o segundo confirmado na ADI nº 5.996 do STF (ABI-EÇAB e KURKOWSKI, 2022, p. 46).

Os princípios do Direito Ambiental e de hermenêutica jurídica auxiliam na interpretação conjunta das leis de esfera municipal, estadual e federal, o que aconteceu no caso concreto acerca do cômputo da Área de Preservação Permanente (APP) para fins de proposta de manutenção florestal, onde houve sobreposição desta com vegetação do bioma de Mata Atlântica, resguardada por lei específica.

Entendeu-se que o dispositivo não poderia ser interpretado à míngua do restante do ordenamento jurídico, visto que as porcentagens de reserva legal atendem ao propósito da lei na qual estão inseridas e não consistem num fim por si próprias. No caso, o cômputo resultaria em prejuízo a um dos bens jurídicos tutelados pelas respectivas leis e não observaria as máximas do direito ambiental como, por exemplo, o princípio da máxima efetividade do meio ambiente ecologicamente equilibrado que, em suma, “exige interpretação que mais favoreça a tutela do bem ambiental” (ABI-EÇAB e KURKOWSKI, 2022, p. 245).

## REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro; KURKOWSKI, Rafael Scwez. **Direito Ambiental**. (Coleção Método Essencial). Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645060/>. Acesso em: 09 nov. 2023.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597027402. Disponível em:



<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027402/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm). Acesso em: 30 maio. 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm). Acesso em: 30 maio. 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm). Acesso em 2 jun. 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm). Acesso em: 30 maio. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 106.931-PR**. Relator: Carlos Madeira - Segunda Turma. Diário de Justiça da União, Brasília. 16 maio. 1986. p. 8.188.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2.810**. Relator: Mario Guimarães - Pleno. Diário de Justiça da União, Brasília. 24 dez. 1956. p. 2.465.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (Brasil). **Resolução nº 337/1997, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Diário Oficial da União, nº 247, de 22 de dezembro de 1997, p. 30.841-30.843.

**CONVENÇÃO sobre diversidade biológica (CDB)**. 5 jun. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf). Acesso em: 30 maio. 2024.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual do direito ambiental**. Editora Saraiva, 2015 apud MARCHESAN, Ana Maria Moreira et al. E-book. ISBN 9788502622517. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622517/>. Acesso em: 09 nov. 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.



MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 apud CARNEIRO, Ricardo *et al.*

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito Ambiental**, 2ª edição. Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788530975678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975678/>. Acesso em: 02 jun. 2024.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. (Coleção direito vivo). Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547219833. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219833/>. Acesso em: 27 abr. 2024.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624894. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624894/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei ordinária nº 10975, de 7 de dezembro de 1998**. Acrescenta parágrafo ao art. 13 da Lei nº 10.472/97, de 12 de agosto de 1997, que dispõem sobre a política florestal do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-10975-1998-santa-catarina-acrescenta-paragrafo-ao-art-13-da-lei-n-10472-97-de-12-de-agosto-de-1997-que-dispoe-sobre-a-politica-florestal-do-estado-de-santa-catarina>. Acesso em: 2 jun. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. SRV Editora LTDA, 2017. E-book. ISBN 9788547218607. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218607/>. Acesso em: 28 maio 2024.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620438. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620438/>. Acesso em: 28 out. 2023.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de Direito Ambiental**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622982. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622982/>. Acesso em: 09 nov. 2023.



## O USO DA OPERAÇÃO DE *DROP DOWN* COMO FORMA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DE EMPRESAS BRASILEIRAS

Thais Xister Ricken<sup>1</sup>  
Beatriz Regina Branco<sup>2</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa trata do uso da operação de *drop down* como forma de reorganização e reestruturação societária de empresas brasileiras, com o objetivo de demonstrar essa operação como uma inovação no direito societário brasileiro que pode trazer vantagens para as sociedades empresárias do Brasil. Tratando-se de um procedimento societário atípico, é menos complexo quando comparado as demais formas reorganização societária previstas em lei, quais sejam a cisão, fusão, incorporação e transformação. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Verificou-se, na pesquisa, que não se trata de uma operação ilegal, observados os princípios constitucionais que regem o direito empresarial brasileiro, podendo ser utilizada como um meio de expansão dos negócios de uma empresa ou para captar investimentos e explorar novos segmentos. Ainda, é possível empregar o *drop down* para adquirir o controle de uma sociedade criada para este fim ou um investimento em uma já constituída, além de poder contribuir para a formação de um grupo societário que auxilie nas demandas de mercado e otimize sua operação. Além disso, pode ser utilizada como forma de detectar investidores que desejam expandir algum dos setores de uma sociedade empresária já existente. Portanto, essas características sustentam que a operação de *drop down* é uma alternativa atípica e eficaz para reestruturação e reorganização de empresas brasileiras, de forma que sua utilização pode propiciar inúmeros benefícios quando comparado as demais formas existentes, mesmo que carente de regulamentação legal.

**Palavras-chave:** *Drop down*, reorganização societária, empresas brasileiras.

**Abstract:** This research deals with the use of the drop down operation as a form of corporate reorganization and restructuring of Brazilian companies, with the aim of demonstrating this operation as an innovation in Brazilian corporate law that can bring advantages to Brazilian companies. As an atypical corporate procedure is less complex when compared to other forms of corporate reorganization provided for by law, such as spin-off, merger, incorporation and transformation. The methodology is qualitative, of the bibliographic type. The method is deductive with a descriptive approach. In the research, it was found that this is not an illegal operation, in compliance with the constitutional principles that govern Brazilian business law, and can be used as a means of expanding a company's business or to attract investments and explore new segments. Furthermore, it is possible to use drop down to acquire control of a company created for this purpose or an investment in one already constituted, in addition to being able to contribute to the formation of a corporate group that assists with market demands and optimizes its operation. Furthermore, it can be used as a way of detecting investors who wish to expand some of the sectors of an existing business company. Therefore, these characteristics support that the drop down operation is an atypical and effective alternative for restructuring and reorganizing Brazilian companies, so that its use can provide numerous benefits when compared to other existing forms, even if it lacks legal regulation.

**Key words:** Drop down, Corporate reorganization, Brazilian companies.

### INTRODUÇÃO

A reorganização societária é um tema presente na vida dos empresários brasileiros que prezam por sociedades economicamente viáveis. Nesse sentido, surgem diversas formas típicas e atípicas de reorganizar uma empresa, entre elas, a operação de *drop down*. Consoante Cesário (2016 *apud* BILOLO *et al.*, 2021), a utilização da operação de

1. Acadêmica do nono semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE), estagiária na área de Direito Societário/Fusões e Aquisições.

2. Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville desde 2003 e advogada. Atualmente é professora de Direito Empresarial, coordenadora do curso e do programa de extensão do Juizado Especial.



*drop down* no Brasil vem se tornando cada vez mais frequente, observado que o desmembramento de uma sociedade permite uma melhor visualização do seu desempenho operacional e conseqüentemente de seus negócios.

Conforme Diniz (2023), a empresa, enquanto atividade econômica organizada, visa a intermediação de bens ou serviços no circuito econômico, exercida profissionalmente por um empresário, por meio de um estabelecimento. Logo, verificada a importância da empresa para economia e sociedade em geral frente ao atual mundo capitalista, uma sociedade economicamente viável é o objetivo de todos os empreendedores brasileiros. Skibinski (2015) considera que o *drop down* se mostrou como alternativa simplificada de reorganização societária, focando a concentração de esforços na atividade principal e com propósitos bem definidos, conforme a sua essência. Atualmente, o *drop down* não é utilizado como meio frequente de reorganização societária e seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro abriria novas possibilidades de crescimento econômico e de viabilização de outras reestruturações societárias para as empresas brasileiras.

Nesse contexto, o *drop down* se torna uma possibilidade de efetivação de um negócio de uma empresa, visto que, com a modernização de todas as relações sociais, ele acaba por ser uma alternativa para as novas demandas do mercado. Biolo *et al.* (2021), defende que sua regulamentação legal objetiva inserir um novo mecanismo de reestruturação societária que traz melhor flexibilidade e autonomia às empresas, que podem cumprir com suas funções sociais onde delas decorrem a valorização do emprego, a livre concorrência e o equilíbrio da economia.

Mesmo o *drop down* não sendo uma ferramenta muito utilizada ou até conhecida pelos empresários brasileiros como ferramenta para estruturação societária, visto a carência de legislação regulamentadora, seu uso é justificável. Afirma Cesário (2016) que a recepção do *drop down* no Brasil é admitida pelo princípio constitucional de liberdade de convenções, e como todo negócio atípico, a falta de legislação deverá ser suprida pela doutrina, jurisprudência e pelos princípios gerais que lhe sejam aplicáveis, conforme os negócios que encontrem regulamentação e com ele guardem semelhança. Portanto, a utilização deste mecanismo pode atender a finalidade de determinados negócios e facilitar a reestruturação societária quando comparado com as demais formas existentes no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Visto isso, o *drop down* surge como uma inovação frente às atuais formas de reorganizações societárias previstas na legislação brasileira. Por esse motivo, carece de legislação própria que o regule, o que causa dúvida e insegurança nos empreendedores brasileiros que almejam utilizá-lo, devido à incompreensão de que forma esse mecanismo pode ser utilizado na reestruturação de suas sociedades.

Para Biolo *et al.* (2021), as atuais formas existentes no Brasil de reorganização societária são rígidas e metódicas quando comparadas as formas adotadas pelos Estados Unidos, local onde surgiu o *drop down*. Como não houve atualização na legislação brasileira para inovar os mecanismos de reestruturação das sociedades, estes podem não atender da melhor forma aos interesses empresariais, ou seja, não contribuem da melhor maneira para o funcionamento da ordem econômica em termos de competitividade e para o cumprimento da função social das empresas, dessoando das regras do Direito Empresarial, ramo este que deve ser contemporâneo.

Nesse sentido, sendo o *drop down* no Brasil uma operação atípica, é custoso compreender como é possível sua utilização. Nesse viés, Cesário (2016, p. 50) entende que sua atipicidade “não significa que se trata de uma operação ilegal, uma vez que não há óbice normativo em nosso ordenamento para sua validade, bem como pelo fato de



que operações atípicas não são estranhas ao direito societário”. Logo, mesmo que sua utilização seja fundamentada por princípio constitucional, a falta de regulamentação legal específica não traz tendência para a utilização e nem segurança jurídica aos empresários.

Fazzio Jr. (2020) sustenta que a atividade empresarial afeta o mercado e a sociedade, e o modo de produção é importante em todas as instâncias sociais. Assim, busca-se demonstrar a viabilidade da operação de *drop down* a partir ausência de impeditivos legais, e fundada, principalmente, no princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, considerando ser uma operação já presente no dia a dia dos empresários brasileiros.

O artigo inicia contextualizando as principais formas de reorganização societária previstas no ordenamento jurídico brasileiro, para, na sequência, argumentar a origem e aplicação do *drop down* diante da ausência de previsão legal no Brasil e, finalmente, pretende discutir as vantagens decorrentes da utilização da operação de *drop down* como mecanismo de reorganização societária em empresas brasileiras quando comparado com as demais formas já previstas em lei.

## **1. AS PRINCIPAIS FORMAS DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

De acordo com Diniz (2023), todas as empresas possuem o direito de modificar sua estrutura para promover uma reestruturação societária, e podem necessitar da aprovação dos sócios/acionistas ou eventualmente de algum órgão público, conforme o caso, para que o planejamento da nova estrutura da sociedade seja efetivo. As sociedades anônimas abertas, a título exemplificativo, por seu tipo jurídico, deverão seguir as normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão, estabelecidas pela Comissão de Valores Mobiliários, uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda.

No direito brasileiro, as possibilidades de reorganização e reestruturação societária das sociedades, quais sejam a transformação, incorporação, fusão e cisão, estão previstas no Código Civil, nos artigos 1.113 a 1.122, e na Lei n.º 6.404/1976, a chamada Lei das Sociedades por Ações. Afirma Campinho (2023) que a partir do advento do Código Civil de 2002, a Lei das Sociedades por Ações, de 1976, passou a disciplinar apenas a reorganização societária de sociedades anônimas e de sociedades em comandita por ações, ao passo que as demais sociedades passaram a ser orientadas pelo Código Civil, com exceção da cisão, observado que sua indicação tratou tão somente dos direitos dos credores e não da regulação do seu procedimento propriamente dito.

Conforme a Lei das Sociedades por Ações, nas operações que figuram mais de uma sociedade, quais sejam a incorporação, fusão ou cisão, estas podem ocorrer entre sociedades do mesmo tipo jurídico, como, por exemplo, entre sociedades limitadas, ou diferentes, tal como por uma sociedade limitada e uma sociedade anônima, desde que suas deliberações estejam de acordo com o previsto na lei e em seus respectivos contratos ou estatutos sociais. As operações de reorganização societária previstas no ordenamento jurídico brasileiro exigem uma série de requisitos e documentos. Nas palavras de Diniz (2023, p. 214), será preciso uma arguição de documentos das sociedades para verificação do seu ativo e passivo, seus direitos, e suas obrigações. Portanto, deve-se analisar:

Livros e documentos societários (cópia de atas e de procurações, cautelas de ações, acordo de acionistas, composição do quadro acionário); propriedade



imobiliária (cópia de escrituras públicas e registro, acompanhada de certidão de propriedade e negativa de ônus, cópia de plantas dos imóveis devidamente regularizados, habite-se; laudo técnico do corpo de bombeiros); propriedade mobiliária (prova contábil de aquisição de todos os bens móveis, títulos e valores mobiliários e declarações de inexistência de ônus); propriedade imaterial (registro no INPI de marcas e patentes, cópia de contratos de assistência técnica, de transferência de tecnologia e licença de marcas e patentes, rol das patentes requeridas, avaliação das marcas e de suas regularizações), capital estrangeiro, mediante certificado do BACEN, tributos federais, estaduais e municipais (cópias das guias de recolhimento de DARF, ICMS, ISS, IPTU, taxa de licença, certidões negativas) [...].

Além disso, Diniz (2023) também considera a importância da investigação das relações trabalhistas, por exemplo, pela inspeção dos contratos com os empregados, bem como das obrigações previdenciárias, contratos em geral, e do contencioso interno de cada uma das empresas envolvidas. Na parte contábil das sociedades, deve-se observar todas as demonstrações contábeis, balanços e real ativo e passivo, para que se verifique com precisão suas situações econômico-financeiras.

### **1.1. As operações de cisão, fusão, incorporação e transformação**

Entre as formas de reorganização societária típicas, ou seja, previstas no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se a cisão, que é uma das operações mais utilizadas, e na concepção de Campinho (2023), ocorre quando uma empresa transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, que podem já existir ou que sejam constituídas para esse fim. Assim, caracterizando-se uma cisão total, ou seja, com a versão total do patrimônio da sociedade transferente, esta restará extinta. Sendo uma versão parcial do patrimônio, a sociedade não se extingue, apenas ocorre a divisão de seu capital.

Ainda conforme compreensão de Campinho (2023), a sociedade que recebe o patrimônio da sociedade cindida, a sucede em seus direitos e obrigações. Se tratar-se de uma cisão total, ocorrerá a extinção da cindida, e se pela cisão parcial, a sucessão ocorre apenas no que se refere ao patrimônio líquido transferido, nos direitos e obrigações porventura não relacionados na operação.

A cisão pode ocorrer também pela absorção do patrimônio da sociedade cindida para a constituição de uma nova sociedade, essa modalidade aparece no artigo 80 da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, n.º 81, de 10 de junho de 2020, Departamento do Ministério da Economia (atual Ministério da Fazenda) responsável pelo Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins:

Art. 80. A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para este fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial.

No entendimento de Diniz (2022), a cisão é um instrumento bastante importante para o planejamento de sociedades, pois pode ser utilizado para que as atividades da empresa possam ser mais individualizadas e especializadas, acarretando, até mesmo, na resolução de conflitos entre sócios.

A fusão é outra forma de reorganização societária típica, que, de acordo com Campinho (2023, p. 125) consiste em uma operação



na qual duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, unem-se para formar sociedade nova que as sucederá em todos os direitos e obrigações, determinando, assim, a extinção das sociedades objeto do ato jurídico. Na criação da nova sociedade dever-se-ão observar as formalidades e a norma reguladoras de constituição de seu tipo, competindo aos administradores fazer inscrever na Junta Comercial de sua sede os atos relativos à fusão. A providência será objeto de deliberação que obedecerá à forma estabelecida para os respectivos tipos de sociedade que desejam se unir.

Dessa forma, diferente da cisão, duas ou mais sociedades quando se fundem dão origem a uma nova sociedade, com todos os direitos e obrigações das sociedades fundidas. Essa operação comumente se dá por empresas que atuam no mesmo ramo, pois podem unir suas atividades de forma a se fortalecer e expandir no mercado.

Nesse viés, Coutinho (2017) traz que, na operação de fusão, se duas sociedades limitadas negociarem uma fusão e dela decorrer a criação de uma sociedade anônima, ou seja, uma empresa de um tipo jurídico diferente das fundidas, a Lei das Sociedades por Ações, que rege esse novo tipo, deverá ser observada, principalmente no que tange aos artigos 80 a 99, que versam sobre a constituição da companhia e as formalidades complementares da constituição. Ademais, explora que o objetivo que as combinações de negócios perseguem, como a fusão, é uma melhor posição no mercado, para que, conseqüentemente, amplie-se o faturamento da empresa, sua carteira de clientes e parceiros, e no caso de sociedades anônimas, o lucro por ações.

A incorporação é um procedimento previsto no artigo 227 da Lei das Sociedades por Ações, que se caracteriza por uma ação em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, sendo a incorporadora a empresa que lhes sucede nos direitos e obrigações da(s) incorporada(s). Tornando-se os atos de incorporação aprovados, deverão ser levados a registro no respectivo órgão, de acordo com seu tipo societário, sendo as sociedades incorporadas extintas e a sociedade incorporadora permanecendo ativa.

Diniz (2023), manifesta que a mudança do tipo societário poderá ocorrer, pois a empresa incorporada será extinta e passará a ser o tipo jurídico de sua incorporadora, onde seus antigos sócios serão sócios da incorporadora, e, sendo ela a responsável por todo o conjunto incorporado, os credores terão seus créditos garantidos pela sucessora. Podemos chamar de desconstituição de uma pela sua absorção por outra. Ainda, explana que os sócios da sociedade incorporada deverão aprovar

o projeto de reforma do ato constitutivo e a prática de atos necessários à incorporação pelos seus administradores, inclusive a subscrição em bens no valor da diferença verificada entre o ativo e o passivo. Os sócios da incorporadora deliberarão sobre a nomeação de três peritos, ou empresa especializada, para a avaliação do patrimônio líquido da incorporada a ser acrescido ao patrimônio da incorporadora (CC, art. 1.117, §§ 1º e 2º).

Nesse sentido, Diniz (2023) considera que a avaliação do patrimônio líquido da incorporada e de seu passivo é imprescindível, pois resultará na alteração do patrimônio líquido da incorporadora por meio dessa absorção, observado que ambas as sociedades terão, ao final da operação, apenas um patrimônio.

Por fim, Fazzio Jr. (2020) caracteriza os tipos de reorganização societária previstos na legislação brasileira como uma concentração de empresas, caracterizados como contratos inter societários, que podem envolver sociedades de tipos iguais ou diferentes.



Porém, existem disposições comuns as operações de incorporação, fusão e cisão, quais sejam:

Nas operações em que houver criação de sociedade, serão observadas as normas sobre a constituição do tipo societário eleito (art. 223, § 1º); não poderão se concretizar se os valores patrimoniais líquidos a serem vertidos para a formação do capital social forem inferiores ao montante do capital a realizar (art. 226); as operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da Assembleia Geral das companhias interessadas (art. 225); e sempre será garantido ao acionista dissidente o direito de recesso, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 137 da LSA (art. 230) (FAZZIO JR., 2020, p. 209).

Diferente das operações antes citadas, a transformação ocorre em apenas uma sociedade, onde se transforma seu tipo jurídico sem que ela seja extinta. Conforme Campinho (2023, p. 124) “a sociedade mantém a sua personalidade jurídica, porém, sob outro tipo societário. Contudo, deve obedecer aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que se vai converter”.

Diniz (2023) defende que, para que se configure essa operação, devem estar presentes alguns itens no ato de transformação, visto que o antigo registro não terá mais efeito relativamente aos atos posteriores à transformação, como a menção do tipo societário adotado, declaração do objeto social, capital social (forma e prazo de integralização, quinhão de cada sócio e sua responsabilidade). Além desses, a qualificação completa dos sócios, representantes e administradores, nome empresarial, sede da sociedade e endereços de filiais, prazo de duração da sociedade e data de encerramento de seu exercício social.

Em vista disso, Diniz (2023) destaca que uma transformação sempre passará pelo registro do órgão competente, contendo todas as informações do novo tipo jurídico, como, por exemplo, uma sociedade limitada transformada em sociedade anônima, deve apresentar um estatuto social, observado que os atos societários anteriores – neste caso, o contrato social e suas alterações -, não terão mais efeitos.

Quanto aos credores da sociedade transformada, Campinho (2023) deixa claro que esse tipo de operação jamais poderá prejudicar os direitos dos credores, e por conta disso as garantias que possuíam no tipo societário anterior se mantêm intactas até a total quitação de seus créditos. Logo, somente as obrigações feitas após a transformação deverão seguir os ditames do novo tipo societário.

Assim, a sociedade pode ser transformada conforme os desejos de seu(s) sócio(s), e, utilizando o exemplo anterior de uma sociedade anônima, o propósito dessa transformação pode ser a captação de recursos por meio da emissão de ações e/ou debêntures.

As operações de reestruturação e/ou reorganização societária implicam um planejamento e levantamento de possíveis riscos, principalmente no que concerne à cisão, fusão e incorporação. Nesses casos tem-se a criação de um mecanismo de proteção e verificação de pontos de atenção, não prevista em legislação, como uma forma de auditar as empresas envolvidas, a chamada *due diligence*, ou seja, ‘auditoria prévia’.

Para Mamede (2022), a auditoria prévia atenderá o que for contratado e acordado entre as partes envolvidas na operação, sem que haja um momento específico para que ela ocorra. Portanto, é interessante ser realizada antes que efetivado o negócio – eventualmente até mesmo com a utilização de cláusula contratual de confidencialidade -,



pois, caso haja alguma inconsistência ou risco que leve ao não fechamento da operação, isso não acarreta uma repercussão negativa por parte do mercado em relação a qualquer uma das sociedades envolvidas.

## 2. A ORIGEM, CARACTERIZAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO *DROP DOWN* DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O *drop down* surge como uma inovação frente as atuais formas existentes de reorganização societária. Proveniente do direito norte-americano, essa operação visa o que o ramo empresarial em geral almeja, uma forma de expansão de negócios para geração de riqueza. Nesse sentido, Fraporti *et al.* (2020) manifestam que, no Brasil, a principal fonte econômica vem da atuação das empresas em mercados potenciais, pois elas representam um forte instrumento de fomento da atividade econômica. Isso ocorre por meio da geração de empregos, recolhimento de tributos e da autonomia da cadeia produtiva.

O *drop down* é um mecanismo destinado a reestruturar uma empresa. Coutinho (2017, p. 221) traz o conceito de *drop down*:

O *drop down* consiste em negócio jurídico (atípico, porque não encontra regulação específica) por meio do qual uma sociedade transfere um conjunto de elementos de seu patrimônio (que reúnam as características de um estabelecimento) para a integralização do capital de uma sociedade constituída para esse fim (a qual pode ser uma subsidiária integral da sociedade transferente) ou para a integralização do aumento de capital de uma sociedade já existente.

Coutinho (2017) indica que, em contrapartida dos ativos que a sociedade receptora recebe, ela emite quotas ou ações, a depender do seu tipo jurídico, para a sociedade transferente. Dessa forma, o que ocorre é uma substituição de elementos patrimoniais sem que ocorra uma redução do capital social ou uma dissolução societária da sociedade transferente. Assim, ao mesmo tempo que os ativos saem da composição do seu patrimônio, eles ingressam novamente em outro formato, de participação no capital social da empresa receptora, onde o capital social foi subscrito e integralizado mediante conferência daqueles ativos.

Conforme Tepedino (2006 *apud* BILOLO *et al.*, 2021), após a operação, no mesmo lugar onde se encontravam contabilizados os bens e obrigações ora transferidos, que resultam em um montante, estará o mesmo montante contabilizado a título de quotas ou ações, ou seja, a participação no capital social da sociedade cujo capital foi subscrito e integralizado.

Em vista disso, Tepedino (2006 *apud* LOPES, 2022), quanto aos comandos dos ativos transferidos via *drop down*, destaca que, mesmo que a sociedade transferente perca o controle dos bens que antes faziam parte do seu patrimônio, o poder de gerência se mantém, pois recebe participação societária na empresa que detém esses ativos.

Fonseca e Garcia (2012 *apud* RAMALHO, 2018) defendem que a origem do *drop down* se dá pelas reestruturações societárias norte-americanas baseadas na transferência de patrimônio de forma vertical, ou seja, promovendo um aumento de capital nas sociedades receptoras, por meio da integralização de bens, direitos e obrigações de sua titularidade.

Biolo *et al.* (2021) demonstram que, no ordenamento jurídico norte-americano, é comum ver formas de reorganização societária como operações chamadas de *split-off*, *split-up* e, especialmente, *spin-off*, usualmente utilizado no português pelas palavras



‘separar’, ‘dividir’ e ‘subsidiária’, respectivamente. Esta última é vista como a operação que mais se assemelha ao *drop down* utilizado no Brasil, pois, mesmo possuindo suas particularidades inerentes ao país, é caracterizada como uma transferência dos ativos e passivos no plano vertical da empresa para uma ou mais subsidiárias.

Segundo Hanafy (2001 *apud* RAMALHO, 2018) o *drop down*, - também chamado de *spin-off* pela legislação norte-americana -, é isento de tributação desde que cumpridas suas formalidades legais, como possuir uma finalidade e visar a continuidade de um negócio que estejam incluídos no regulamento e recomendados pelo Código Tributário Americano. Schnee *et al.* (1998 *apud* RAMALHO, 2018) defendem que essas exigências que a legislação norte-americana dispõe e que são fiscalizadas pela Receita Federal do País, consistem em, dentre outras, a sociedade controladora deve distribuir estoques e/ou ações da sociedade controlada aos seus acionistas, desde que as empresas cumpram a exigência de negócio ativo, sendo esse controle de, pelo menos, 80% do poder de voto e 80% das ações de cada classe sem direito a voto. Além disso, ambas as empresas envolvidas devem estar ativas em uma atividade comercial ou industrial em pelo menos cinco anos, e a operação deve ser motivada por um ou mais objetivos de negócios corporativos, dentre outras exigências previstas no *Internal Revenue Code*, ou seja, a parte interna da legislação tributária federal nos Estados Unidos.

Mesmo que originário do direito norte-americano, o *drop down* também garante respaldo na legislação brasileira, ainda que atualmente não exista uma regulamentação normativa dessa operação. Isso decorre, pois o direito empresarial está fundado em princípios, entre eles o princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Fraporti *et al.* (2020, p. 44) discorrem que

esse fundamento assegura a todos os indivíduos o direito ao livre empreendedorismo, dando-lhes a possibilidade de escolha sobre no que empreender, bem como a liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado sem interferência externa.

Botesseli (2012 *apud* Assumpção, 2015) esclarece que a falta de flexibilidade da legislação brasileira no que concerne ao direito societário resulta em operações restritas de reorganização societária, devido a sua origem romano-germânica, enquanto o direito societário norte-americano é baseado no direito anglo-saxônico, que permite uma maior liberdade na utilização de modalidades de reorganização societária.

Ainda, Verçosa (2002 *apud* RAMALHO, 2018) afirma que o *drop down* não estar previsto na legislação brasileira não significa que a operação seja ilegal, e sim atípica, pois não há nenhuma norma jurídica brasileira que obste sua existência e validade, desde que não sejam feridos os demais princípios do direito empresarial. Ou seja, a falta de um dispositivo legal não faz com que a operação seja juridicamente impossível, pois não há empecilho legal para sua existência, desde que não haja violação de nenhuma norma jurídica existente.

Observada a legalidade da operação, Coutinho (2017) demonstra sua utilidade para inúmeros propósitos, como um meio mais fácil de captar recursos e explorar novos projetos, adquirir o controle de uma sociedade já constituída ou a criação de uma subsidiária integral. Além desses, pode ocorrer a transformação de uma sociedade operacional em holding para a formação de um grupo societário, ou, para elaborar uma associação com terceiros que queiram investir em um projeto para expandir algum dos segmentos da sociedade.



Para o sucesso da operação, é necessário que sejam observados alguns requisitos para sua aplicação - além de não poder ferir nenhum dispositivo legal no que concerne ao direito empresarial e tributário em geral -, como os bens a serem transferidos devem ser possíveis de se avaliar economicamente. Analisando as normas do direito societário, no ato de transferência de ativos da sociedade transferente para a sociedade receptora, o *drop down* se encaixa nas regras de integralização do capital social das sociedades, onde é previsto no art. 997, inciso III, do Código Civil, que o “capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária” (BRASIL, 2002).

Além dos fatos expostos, também é estritamente proibido a utilização do *drop down* como forma de evasão fiscal criminosa (sonegação de impostos), caracterizado pelo Senado Federal em seu Glossário como a atitude quando “o contribuinte deixa de recolher os impostos ou a máquina arrecadadora não consegue arrecadá-los”. É importante que as empresas envolvidas na operação, como contribuintes, assumam a responsabilidade que irá advir dessa operação.

Fonseca e Garcia (2012 *apud* Assumpção, 2015), quanto às implicações tributárias nessas operações, defendem a neutralidade fiscal:

O acervo líquido de uma sociedade investidora via *drop down* justifica a preservação da neutralidade fiscal da operação, de forma que os efeitos havidos na investidora sejam refletidos ou preservados na sociedade investida.

Dando continuidade, em texto próprio, Assumpção (2015, p. 32) explica e exemplifica, em outras palavras, a manutenção do tratamento fiscal das sociedades envolvidas, após a operação:

O *drop down*, visto de forma isolada, não poderia gerar consequências fiscais diversas daquelas havidas na investidora antes da operação de *drop down*, apotando como exemplo a preservação do tratamento fiscal dado ao ágil na expectativa de rentabilidade futura na investidora.

Assumpção (2015) entende que, na transferência do acervo líquido da sociedade transferente para a sociedade receptora, a que recebeu sucedeu a transferente tanto para os tributos recuperáveis, quanto para os passivos anteriores, bem como os passivos contingentes relacionados a processos trabalhistas. Assim, é demonstrada a importância do laudo de avaliação dos ativos e dos passivos a serem transferidos, em conformidade com a legislação societária, para que abarque uma efetiva operação de reorganização societária.

Por fim, é importante que sejam respeitados os direitos dos sócios ou acionistas remanescentes, bem como é vedado causar prejuízo aos direitos dos credores das sociedades envolvidas quanto a suas preferências e recebimento de seus créditos.

### **3. AS VANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DO *DROP DOWN* COMO MECANISMO DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA EM EMPRESAS BRASILEIRAS E SUA DISTINÇÃO DAS OPERAÇÕES EXISTENTES**

Dado o *drop down* como uma operação societária atípica, é certo que possui suas próprias peculiaridades inerentes ao seu caráter anômalo quando comparado as demais operações de reorganização societária existentes. Desse modo, buscando analisar sua



possibilidade de utilização, convém trazer suas semelhanças e particularidades quanto as demais formas remanescentes.

Nakayama (2012 *apud* Assumpção, 2015) apresenta que as combinações de negócios não são um fenômeno recente no Brasil, pois na década de 1970 já havia discussões em torno do assunto, considerando, além do jurídico, o aspecto econômico das fusões e incorporações, que durante o período de 1990 a 2002 renderam ao governo federal brasileiro cerca de US\$ 105,298 bilhões.

Observada a transcendência desse tipo de operação entre empresas no cenário econômico brasileiro, Fraporti *et al.* (2020) expressam que é por meio da livre iniciativa que o empresário está inserido no cenário econômico, visto que suas ações na empresa contribuem para o crescimento de uma região e do país por meio da exploração de determinada atividade econômica que geralmente está relacionada e direcionada à iniciativa privada. Coelho (2003 *apud* Fraporti, 2020) defende que é para gerar lucro que a empresa explora uma atividade e, por esse motivo, é possível notar que o lucro pode ser o objetivo da produção ou da circulação de bens ou serviços, ou o instrumento para alcançar outras finalidades.

Nesse contexto, entre as operações empresariais de reorganização utilizadas no Brasil e previstas no ordenamento jurídico, pode se observar que a cisão é a operação que mais se assemelha ao *drop down*. O artigo 229 da Lei das Sociedades por Ações conceitua a cisão:

Cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão (BRASIL, 1976).

Para Assunção (2018 *apud* Lamêgo, 2018), a principal discordância dessas operações é que no *drop down* não há redução de capital. Ou seja, como visto acima, a cisão promove uma redução de capital, parcial ou total, no patrimônio da empresa cindida, enquanto no *drop down* existe uma troca de ativos entre as empresas envolvidas, de forma que ao mesmo tempo que a sociedade transfere ativos ela recebe quotas ou ações, classificando-se assim em uma substituição patrimonial sem que seu valor seja modificado.

Quanto à transferência de ativos entre as sociedades, Mamede (2022) destaca que a cisão não pode valer-se de aparência, e sim da essência do real patrimônio verificado, pois implicam em efeitos contra terceiros. Sentindo-se lesado, é possível levar a juízo a demanda conforme prevê o artigo 232 da Lei das sociedades por ações, que fixa o prazo de até 60 dias para pleitear judicialmente a anulação da operação. O artigo 1.122 do Código Civil o fixa em 90 dias. Mamede (2022) defende que houve derrogação do prazo previsto na Lei das Sociedades por Ações pela norma posterior, do Código Civil. Entretanto, orienta que é possível argumentar que o artigo 232 da Lei 6.404/1976 é norma específica para as sociedades por ações.

Destarte, não apresentando o *drop down* redução de capital entre as empresas que participam da operação, não há riscos evidenciados quanto as garantias de terceiros relacionados a uma das sociedades, visto que seu patrimônio líquido se mantém inalterado.

A transformação é caracterizada no artigo 220 da Lei das Sociedades por Ações como “a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e



liquidação, de um tipo para outro” (BRASIL, 1976). Dessa forma, a operação se utiliza apenas de uma sociedade, que por si só, transforma seu tipo societário.

Mamede (2022), quanto à transformação, destaca que é uma operação lícita no Brasil, ou seja, qualquer sociedade tem o direito de transformar-se. Como exemplo, uma sociedade limitada pode tornar-se uma sociedade anônima ou uma sociedade em nome coletivo, e uma sociedade anônima pode se tornar uma sociedade em comandita por ações ou sociedade limitada, pois a transformação não demanda dissolução da sociedade e, assim, sua liquidação requer apenas que sejam obedecidas às regras que regulam o tipo societário para o qual se converterá.

Dessa forma, como a operação de *drop down* se apresenta, obrigatoriamente, como uma operação com mais de uma sociedade envolvida, é isso que a diferencia substancialmente da transformação. Além da cisão e da transformação, mecanismos elencados acima, a operação de fusão é prevista como um modo de reorganização societária. Ela ocorre quando há a união de uma ou mais sociedades, e, ao mesmo tempo, a constituição de uma nova sociedade com os patrimônios somados das fusionadas. Mamede (2022), neste sentido, descreve a fusão como

o somatório de dois corpos societários, constituindo um terceiro corpo societário. Somam-se os patrimônios (ativo e passivo) e as coletividades sociais (sócios quotistas e/ou acionistas), mas a bem de um novo corpo social, extintas as sociedades anteriores (artigos 1.119 do Código Civil e 228 da Lei 6.404/1976), ainda que se opte por dar à terceira pessoa o nome de uma das duas sociedades que se fundiram.

Nesse viés, o *drop down* não se confunde com a operação de fusão, pois não há, na operação atípica, a constituição ou a liquidação de uma das sociedades envolvidas, obrigatoriamente. No mesmo sentido, destaca Assunção (2018 *apud* Lamêgo, 2018) que “no *drop down* não ocorre extinção de sociedades ou criação de novos entes empresariais como produto final da operação, tampouco haverá a sucessão de direitos e obrigações no procedimento societário de *drop down*”, esclarecendo, assim, a assimetria entre esses elementos.

Já a incorporação, que é uma operação diversa da fusão e da cisão, está prevista no Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.116, que a qualifica como “na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos” (BRASIL, 2002). A distinção dessa operação com relação ao *drop down* se dá, principalmente, porque no *drop down* não há a extinção de nenhuma das sociedades envolvidas, ou seja, ambas as empresas que utilizam esse mecanismo continuam exercendo suas atividades. Já na incorporação, as sociedades absorvidas deixam de existir.

Considerando que no âmbito do direito societário as operações previstas na legislação possuem caráter exemplificativo, ou seja, não são um rol taxativo, o uso do *drop down* é plausível e não é considerado ilegal. De acordo com Lamêgo (2018), apesar de existirem formas de reorganização societária legalmente tipificadas na legislação brasileira, os empresários, bem como os juristas, não estão forçados aos tipos previstos em lei, pois as empresas que desejam inovar-se de outra forma que não aquelas regulamentadas não podem ter sua capacidade de desenvoltura limitada pelas formalidades do tipo.

Dessa forma, o *drop down* pode apresentar mais vantagens quando comparado as demais formas apresentadas acima. Consoante Silva (2020, *apud* LOPES, 2022) o *drop*



down fornece alguns benefícios como a capacidade de segregação da atividade empresarial das sociedades envolvidas, especialmente quando se busca melhorar a estruturação dos setores de negócios e expertise. Ainda, nos casos de falência, pode ser empregada para impedir a quebra da sociedade principal, a qual continuará através da massa falida, ampliando a arrecadação de ativos e bens, uma vez que receberá participação societária.

No mesmo sentido, Silva (2020, *apud* LOPES, 2022), com relação aos benefícios do *drop down* em comparação com as demais operações típicas, expõe a simplificação das obrigações fiscais impostas às operações de cisão, fusão, incorporação e transformação e a possibilidade de dividir a atividade empresarial das sociedades envolvidas, podendo dessa forma melhorar a estrutura do negócio promovendo o aperfeiçoamento de determinados setores.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa iniciou-se frente a observação da autora em seu estágio na equipe de direito societário/fusões e aquisições de uma sociedade de advogados, que lida diariamente com reestruturações de empresas, surgindo o interesse de um aprofundamento teórico da possibilidade de utilização da operação de *drop down* no país, suas características, repercussões e resultados, frente a ser uma operação atípica e carente de regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por esse motivo e por possuir um caráter incomum dentre as demais operações que ocorrem diariamente, os tópicos que trazem a caracterização do *drop down* e sua aplicação são baseadas em um conteúdo parcialmente recente, em sua maioria baseado em revistas do meio empresarial, monografias, artigos científicos e dissertações de mestrado, enquanto a definição das outras formas de reorganização societária existentes na legislação brasileira é baseada em doutrinas atuais e pertinentes ao mundo do direito.

Assim, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Mezzaroba e Monteiro (2023, p. 39), é uma pesquisa em que “a compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos”. A referida abordagem não quantifica dados, e sim identifica suas naturezas. Marconi e Lakatos (2023, p. 302) ponderam que a abordagem qualitativa geralmente “englobam dois momentos distintos: a pesquisa, ou coleta de dados, e a análise e interpretação, quando se procura desvendar o significado dos dados”. Neste sentido, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da pesquisa em curso, procurando compreender detalhadamente as características do objeto da investigação.

Ademais, a pesquisa é do tipo bibliográfica, que para Gil (2012 *apud* LOZADA e NUNES, 2019, p. 158) “a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente”. Assim, promove a busca ampla de informações que se relacionem e fundamente o problema de pesquisa.

Além disso, o método, como forma de se conectar com o propósito da pesquisa, é o dedutivo, que para Lozada e Nunes (2019) tem o objetivo de utilizar uma cadeia de raciocínio do geral para o particular para chegar a uma conclusão, explicando o conteúdo a partir das premissas, onde a partir de duas delas obtém uma terceira decorrente, chegando assim a um desfecho. O texto, portanto, buscou uma conclusão geral e verdadeira.



Por fim, a pesquisa é explicativa, pois conforme Lozada e Nunes (2019), consiste em uma pesquisa “que procura ir além da obtenção dos fatos, de modo a dar sentido às miríades de outros elementos envolvidos, como aspectos humanos, políticos, sociais, culturais e contextuais”. Dessa forma, a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral da presente pesquisa, pois busca ligar os elementos para compreender seus resultados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo verificou-se que, pela sua contemporaneidade, o *drop down* não possui regulamentação legal no Brasil, sendo, portanto, considerado um negócio jurídico atípico. De natureza norte-americana, assemelha-se com o que ocorre nos Estados Unidos com uma transferência de ativos e passivos no plano vertical de uma empresa para uma ou mais subsidiárias. Entretanto, mesmo que careça de regulamentação no Brasil, não é uma operação vetada, considerando os princípios constitucionais que regem o direito empresarial brasileiro, como o princípio da livre concorrência, onde, por meio dele, empresas se inserem no meio social para promover o fomento da economia e o desenvolvimento de novas movimentações comerciais, atendendo, conseqüentemente, de forma cada vez melhor, os anseios de uma coletividade.

Pôde-se observar, na análise, que o *drop down* se distingue das demais formas de reestruturação e reorganização societária previstas em lei. Não resulta na extinção de nenhuma das empresas envolvidas como o caso da fusão, não promove redução de capital em apenas uma das envolvidas como o caso da cisão parcial, ou tem como efeito integrar totalmente o patrimônio uma empresa em proveito de outra, gerando sua extinção, como o caso da incorporação. Outrossim, não se utiliza de apenas uma sociedade, que por si só, reorganiza-se, conforme os interesses de seus sócios/acionistas, como a transformação.

Diferente das reorganizações societárias típicas, o *drop down* é um meio que uma sociedade pode transferir seu patrimônio para a integralização do capital de outra sociedade constituída para esse fim ou para efetuar o aumento de capital em uma sociedade já existente, de forma que, compensatoriamente, a sociedade que recebe os ativos dispõe de participação societária em benefício da sociedade transferente, gerando, assim, uma substituição de patrimônio.

Explorou-se, ainda, que o *drop down* pode ser utilizado como um meio de expansão dos negócios de uma empresa, visto que, com a divisão de atividades de uma sociedade que englobava diversos segmentos, se tem uma distribuição melhor de tarefas. Além disso, existe a possibilidade de se transferir direitos e obrigações por meio do *drop down*, sendo assim mais simples melhorar seu desempenho operacional. Desta forma, é possível detectar gerenciamentos que possam melhorar os serviços, fluxo de trabalho e processos de produção de uma sociedade, gerando maior visibilidade de seus recursos e lucro para seus negócios.

Na pesquisa constatou-se mais de uma utilidade para a operação, como um meio de captar investimentos e explorar novos segmentos, adquirir controle de uma sociedade criada para este fim ou um investimento em uma já constituída. Além desses, é possível utilizá-la para a formação de um grupo societário que possa auxiliar nas demandas de mercado e otimizar sua operação, ou, ainda, detectar investidores que desejam expandir algum dos setores de uma sociedade empresária já existente. Ademais, sendo uma operação atípica, como citado anteriormente, não se restringe as formalidades exigidas nas demais operações, sendo assim, um procedimento menos complexo e burocrático de



transferência de ativos, mesmo que alguns documentos sejam indispensáveis, como, por exemplo, o laudo de avaliação das sociedades, para que se possa aferir seu rendimento econômico e a substituição correta dos elementos do acervo patrimonial das empresas envolvidas. Deste modo, tratando-se de substituição patrimonial, e não de redução de capital social, acaba por proteger o patrimônio da empresa de forma que não produz riscos referentes as garantias prestadas a terceiros.

A operação, portanto, é uma alternativa atípica e eficaz para reestruturação e reorganização de empresas brasileiras, de forma que sua utilização pode propiciar inúmeros benefícios quando comparado as demais formas existentes, mesmo que carente de regulamentação legal. À vista disso, embora possível de ser utilizado pelos empresários brasileiros, há um escasso conteúdo acadêmico que estuda as operações de *drop down* e seus resultados, bem como doutrinas que aludem o assunto. Assim, esta análise representa um ingresso na temática que visa instigar novos estudos dessa operação e seus efeitos no mercado, como sugestão de pesquisas futuras e em todas as áreas do direito empresarial, almejando, ainda, sua regulamentação legal no Brasil para que promova ainda mais o desenvolvimento econômico das empresas brasileiras e consequentemente da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPCÃO, Débora Skibinski. **Reorganização societária por meio de *drop down***: um estudo sobre sua utilização por empresas brasileiras. Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 19 fev. 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3904>. Acesso em: 08 set. 2023.

BIOLO, Mariana; FREITAS, Márcia Marcondes Diniz de; CARDOSO, Angélica Baumgärtner; PRESOTTO, Fabíola; CALEGARI, Samanta. Reorganização societária no sistema brasileiro: a viabilidade da regulamentação legal da Operação *Drop down*. **Brazilian journal of development**, São José dos Pinhais, 09 abr. 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/27950/22117>. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. Secretaria de Governo Digital. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. **Instrução normativa DREI n.º 81, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas, bem como regulamenta as disposições do Decreto n.º 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-81-de-10-de-junho-de-2020-261499054>. Acesso em: 7 out. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 3 out. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 11 out. 2023.

CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627611/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

CESÁRIO, Diandra Domingues. A operação societária de *drop down* como remédio antitruste no controle dos atos de concentração. **CADE – Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, 25 nov. 2016. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/277/141>. Acesso em: 08 set. 2023.

COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. **Fusões e aquisições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222253/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627765/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

FAZZIO JR., Waldo. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024890/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

FRAPORTI, Simone *et al.* **Direito empresarial I**. Porto Alegre: Grupo A, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595025608/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

FREDERIGHI, Daniel. *Drop down: saiba tudo sobre essa operação de ativos societários*. **Daniel Frederighi Advogados**, Belo Horizonte, 13 mai. 2022. Disponível em: <https://danielfrederighiadvogados.com.br/drop-down-de-ativos-societarios/>. Acesso em 19 fev. 2024.

LAMÊGO, Júlia Belas. **Análise da possibilidade jurídica da utilização do drop down por empresários brasileiros**. 2018. 86 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

LOPES, Henrique Godoy. **Reestruturação societária: o emprego do drop down como reorganização societária no direito brasileiro**. Orientador: Prof. Me. Juliano Madalena. 2022. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2022.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia científica**. Porto Alegre: Grupo A, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029576/>. Acesso em: 10 out. 2023.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772582/>. Acesso em: 5 out. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770670/>. Acesso em: 5 out. 2023.



MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627307/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

RAMALHO, Felipe. **Comparação entre o *drop down* e as formas típicas de reorganização societária previstas na legislação brasileira**. Orientadora: Ana Cristina Von Gussek Kleindienst Buzatto. 2018. 41 f. Tese (Pós-graduação em Direito Societário) – INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2018.

SENADO FEDERAL. Grupo de Trabalho Permanente de Integração da Câmara dos Deputados com o Senado Federal. **Glossário Legislativo**. Brasília, 2018.

VINCI, Manoela Floret. PGFN considera fraude a reestruturação societária. **Consultor jurídico**, Curitiba, 11 jan. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-jan-11/pgfn\\_considera\\_fraude\\_reestruturacao\\_societaria/](https://www.conjur.com.br/2006-jan-11/pgfn_considera_fraude_reestruturacao_societaria/). Acesso em: 27 fev. 2024.



## OS EFEITOS DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS E O DESENVOLVIMENTO DO PEQUENO PRODUTOR RURAL

Julia Cristina Goudard<sup>1</sup>  
Vinícios Leonardo Tavares<sup>2</sup>  
Jeison Giovanni Heiler<sup>3</sup>

**Resumo:** Este artigo teve como problemática analisar se as políticas tributárias têm sido eficazes para promover o desenvolvimento do pequeno produtor rural no Brasil. Foi abordado a relevância das políticas públicas na agricultura, seus efeitos nas atividades rurais e as implicações para o crescimento econômico e social das comunidades rurais, portanto, parte-se da hipótese da existência de políticas públicas dirigidas ao pequeno produtor, entretanto, carentes de efetividade, em parte. As fontes foram abordadas pelo método dedutivo, visando, assim, um exame rigoroso da natureza das políticas públicas tributárias. O trabalho se encontra dividido em três momentos, iniciando-se com temas gerais ao expor as relações entre as Políticas Públicas e Direito Tributário, em seguida examinando os principais efeitos da tributação sobre o agronegócio no Brasil. A pesquisa concluiu que é possível adotar políticas públicas que possam incentivar o desenvolvimento do pequeno produtor rural.

**Palavras-chave:** Direito tributário. Agronegócio. Agricultura familiar. Políticas públicas.

**Abstract:** This article addresses the problem of analyzing whether tax policies have been effective in promoting the development of small rural producers in Brazil. The relevance of public policies in agriculture, their effects on rural activities, and the implications for the economic and social growth of rural communities were discussed, thus starting from the hypothesis that there are public policies directed at small producers, but they are partially lacking in effectiveness. The sources were approached using the deductive method, aiming for a rigorous examination of the nature of tax public policies. The work is divided into three parts, beginning with general themes by exposing the relationships between Public Policies and Tax Law, followed by examining the main effects of taxation on agribusiness in Brazil. The research concluded that it is possible to adopt public policies that can encourage the development of small rural producers.

**Keywords:** Tax law. Agribusiness. Family farming. Public policies.

### INTRODUÇÃO

Até o início da década de 1990 não havia política pública em nível nacional que financiasse o segmento social formado pelos agricultores familiares no Brasil, também não havia políticas públicas voltadas ao progresso deste setor. No entanto, as políticas tributárias aplicadas a essa parcela dos trabalhadores frequentemente representam um desafio significativo para a sua promoção.

Este artigo visa aprofundar a compreensão dos efeitos das políticas tributárias sobre o desenvolvimento do pequeno produtor rural, explorando como essas políticas podem influenciar seu crescimento, produtividade e bem-estar econômico. A escolha

1. Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. Rua Pico do Cristal, nº 80, casa 1, Nova Brasília, CEP 89214-525, Joinville/SC. [julia.goudard@icloud.com](mailto:julia.goudard@icloud.com). (47) 99645-9830.

2. Autônomo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. Br 101, KM 64, Marginal 63, Rua Alcebíades Teodoro Duarte, nº 1.500, Corveta, CEP 89245-000, Araquari/SC. [viniciostavaresss@gmail.com](mailto:viniciostavaresss@gmail.com). (47) 99134-1338.

3. Pós Doutor em Ciência Política - USP. Doutor em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Católica de SC. Professor de diversas disciplinas da Graduação em Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina nas unidades de Joinville. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Estado e Globalização. Editor Chefe da Revista Direito, Economia e Globalização. Professor Substituto na UDESC/CEPLAN.



deste tema reflete a crescente importância do pequeno produtor na atualidade e também da preocupação com a agricultura sustentável.

O problema de pesquisa foi avaliar a eficácia das políticas tributárias para promover o desenvolvimento do pequeno produtor rural. Embora existam estudos e discussões sobre esse tópico, a falta de clareza sobre as implicações práticas dessas políticas e seu efeito direto sobre o desenvolvimento agrícola exige uma investigação mais aprofundada. O problema reside na necessidade de uma análise abrangente e atualizada dos efeitos tributários específicos que afetam os pequenos produtores rurais e sua capacidade de se desenvolver.

A hipótese levantada é que as políticas tributárias desempenham um papel crucial na determinação do sucesso e do crescimento do pequeno produtor rural. Por meio de uma análise cuidadosa das políticas tributárias existentes, é possível identificar políticas públicas que visam melhores condições aos agricultores e, assim, promover o desenvolvimento socioeconômico.

Os objetivos específicos deste estudo são: compreender o que são as políticas públicas tributárias, estabelecer seu marco legal e qual a legislação que deve ser aplicada para este setor; apresentar o conceito de pequeno produtor rural e dados sobre esta categoria no Brasil e em Santa Catarina, da mesma forma apresentar as políticas tributárias já existentes, como plano safra, pronaf e funrural; por fim, analisar se as políticas públicas tributárias têm sido eficazes para o desenvolvimento do pequeno produtor rural, demonstrando possíveis alternativas de políticas públicas que visem esse desenvolvimento e, com base na literatura contemporânea e no direito comparado, examinar e definir a eficácia das políticas públicas tributárias para o desenvolvimento do pequeno produtor rural.

Para atingir esses objetivos, a metodologia utilizada foi a pesquisa dedutiva, pois foi necessário um exame da natureza das políticas tributárias e das interpretações possíveis ao problema em tela. A pesquisa também se utilizou do procedimento monográfico, pois foi feito um recorte temático dentro do tema da tributação e das políticas públicas, buscando-se acrescentar o resultado dessa pesquisa ao assunto escolhido, sendo aquela baseada em revisão bibliográfica, para isso pesquisando em artigos científicos e livros e também revisão documental principalmente Constituição Federal, Código Tributário e legislação específica.

Partindo-se do método dedutivo, o artigo inicia-se com temas gerais expondo as relações entre as Políticas Públicas e Direito Tributário e conceituando-os, para, em seguida, abordar o tema de forma mais particular, examinando os principais efeitos da tributação sobre o agronegócio no Brasil, assim, são primeiro apresentados os argumentos, para depois, chegar às conclusões formais. Ao final, demonstrará que é possível adotar políticas públicas que possam incentivar o desenvolvimento do pequeno produtor rural.

## **1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

As políticas públicas desempenham um papel fundamental na configuração e orientação das ações governamentais, influenciando diretamente a qualidade de vida da sociedade. Elas abrangem medidas e programas adotadas pelo Estado para atender às demandas da coletividade e promover o bem-estar geral. A compreensão dessas políticas e como elas interferem na tributação, são cruciais para promover o desenvolvimento do



pequeno produtor. O Estado é responsável por avaliar como promover o desenvolvimento nacional, especialmente incentivando o setor agrícola.

No entanto, obstáculos como a tributação, dificultam a expansão da economia agrícola, solucionar este problema depende de políticas governamentais que possam ser bem embasadas em estudos e pesquisas. Assim, caracteriza-se a importância da pesquisa acadêmica sobre esse tema, algo para o qual este artigo pretende contribuir.

A relação entre as Políticas Públicas, Direito Tributário e o desenvolvimento nacional, está compreendida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a partir da previsão do artigo 3.º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, é necessário compreender cada tema para que ao final seja possível analisar a eficácia das políticas públicas.

O direito tributário faz parte do rol de matérias consideradas de direito público, pois transcende os interesses individuais e alcança os de toda uma nação. Sua função no ordenamento jurídico brasileiro é analisar a natureza dos tributos, sua previsão legal, seu destino de implantação e se estão dentro dos preceitos legais e constitucionais. Ainda, o Direito Tributário se responsabiliza por estudar as competências e imunidades tributárias, analisando também a cobrança da sociedade e a arrecadação do Estado (MEDEIROS, 2023).

É por meio do Direito Tributário que são pautadas as ações da Fazenda Nacional, como a regulamentação das suas ações, investigações e requisições. Para o contribuinte, significa a existência de um processo legal para a realização de cobranças e a garantia de ações visando normas mais benéficas (MEDEIROS, 2023).

É nesse ponto que entram as políticas públicas; é a relação entre poder executivo e população que permite o desenvolvimento de políticas tributárias acessíveis e benéficas ao contribuinte. São das pautas que entram na agenda que saem leis de isenção tributária, por exemplo a Lei 9.393/1996: os produtores rurais, possuidores de pequena gleba rural que seja utilizada como sustento da família e moradia são isentos de pagar o Imposto Territorial Rural - ITR (BRASIL, 1996).

Para Heidemann, políticas públicas podem ser conceituadas como “decisões e ações de governo e de outros atores sociais”. As políticas públicas são medidas e programas desenvolvidos pelo Estado para garantir e implementar direitos previstos na Constituição Federal e em outras leis. São, também, medidas e programas criados pelos governos para garantir o bem-estar da população. Para além destes direitos, outros não consagrados na lei podem ser garantidos por meio de políticas públicas. Isso pode acontecer com direitos que são identificados ao longo do tempo como necessidades da sociedade (MACÊDO, 2018; HEIDEMANN, 2014; TEIXEIRA).

O planejamento, criação e implementação dessas políticas é feito em conjunto pelos três poderes que compõem o estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. O poder Legislativo ou Executivo pode propor políticas públicas. O Legislativo faz leis relacionadas a uma política pública específica, e o Executivo é responsável pelo planejamento e aplicação dessas políticas. Já o Judiciário verifica a lei criada e confirma se ela é suficiente para cumprir o objetivo desejado (MACÊDO, 2018).

Políticas públicas atingem toda a sociedade em todos os níveis econômicos, seja a família detentora de uma pequena propriedade até uma grande empresa multinacional. Com o aprofundamento e expansão da democracia, as responsabilidades do representante do povo também se tornaram mais diversificadas. Hoje em dia, costuma-se dizer que sua função é promover o bem-estar da sociedade e o crescimento econômico.



Este crescimento está ligado a ações bem elaboradas e sua execução em áreas como indústria, comércio e agricultura (MACÊDO, 2018).

E é com base nesse princípio que, para obter resultados satisfatórios em diversas áreas, os governos – Federal, Estadual ou Municipal – lançam mão de políticas públicas. Conforme narrado acima, as políticas públicas são formadas por uma miríade de pessoas e entidades. O autor Leonardo Secchi (2022) compara-os com atores de um teatro, por exemplo. Cada qual com o seu papel e uma função a desempenhar e, mesmo que lideradas por algum ator específico, as políticas públicas recebem influência de vários atores ao longo de seu ciclo, isto é conhecido como *policy cycle*.

Conforme leciona Oliveira (2016, p. 15), da Universidade Federal do ABC, o termo *policy cycle* pode ser definido como “um conjunto de processos que podem ser desagregados em etapas que, no todo, são denominados por ciclo de política pública”.

Quando se refere a atores, são indivíduos, grupos, partidos políticos e organizações que possuem algum papel na política brasileira. Nas políticas públicas, os principais atores são aqueles que possuem capacidade de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo das políticas, bem como seus resultados. Eles conseguem sensibilizar a opinião geral sobre problemas relevantes para a comunidade. São estes mesmos atores que possuem a capacidade de inserir as discussões de políticas públicas na “agenda”, isto é, eles estudam e elaboram as propostas, tomam as decisões e as convertem em leis (SECCHI, 2022, p. 139).

Se um problema é identificado por algum ator político, e esse ator tem interesse em resolver esse problema, então ele pode lutar para que esse problema seja incluído na lista de prioridades de atuação. Essa lista de prioridades é chamada como agenda, uma agenda é um conjunto de questões ou tópicos relacionados como relevantes. Pode ser um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário ou mesmo uma simples lista de temas considerados importantes pelo comitê editorial que um jornal entende como importante (SECCHI, 2010, p. 35 e 36).

Segundo Cobb e Elder (1983) (*apud* SECCHI, 2010, p. 36), existem três condições para que um problema entre na agenda política:

- I. atenção: diferentes atores (cidadãos, grupos de interesse, mídia etc.). devem entender a situação como merecedora de intervenção;
- II. resolubilidade: as possíveis ações devem ser consideradas necessárias e factíveis;
- III. competência: o problema deve tocar as responsabilidades públicas.

A partir daí são os políticos que possuem papel fundamental no processo das políticas públicas; são eles que nos cargos do poder Executivo e Legislativo têm legitimidade para propor as leis e “fazer acontecer” as políticas públicas de grande impacto social (SECCHI, 2022, p. 140).

Por outro lado, os ditos *policytakers*, são os indivíduos ou grupos a quem estas políticas públicas serão destinadas. Os destinatários das políticas eram vistos como uma categoria passiva de atores, no caso a plateia, considerados, portanto, uma categoria que mais receberia influência do que provocaria o processo de desenvolvimento das políticas públicas. Felizmente, estes valores têm sido invertidos e, atualmente, os destinatários dessas políticas possuem opiniões mais ativas e capazes de moldar a opinião pública e articular o interesse de grupos difusos (SECCHI, 2022, p. 158).

Sob esse ponto de vista, as políticas públicas se tornam ferramentas do governo para intervenção em diversos setores da economia e da sociedade, como, por exemplo, no caso da agricultura (HENIG, SANTOS, 2016, p. 260).



Assim, é facilmente verificável no caso que ocorreu no município de Sidrolândia (município do Mato Grosso do Sul). Por meio do diálogo entre a população e os vereadores do município, foi aprovada a isenção do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis) para a agricultura familiar, a qual veio a ser isenta do imposto as transmissões de pequenas glebas rurais em sua primeira aquisição necessariamente destinada ao cultivo pelo proprietário e sua família (MATO GROSSO DO SUL, 2021).

Desse modo, as redes de políticas são estruturadas em interações, informais em sua maioria, entre atores públicos e privados para formular e implementar políticas públicas. Esses atores são motivados para debater e agir em torno de matérias e temas em comum (SECCHI, 2022, p. 163).

Um dos modelos trazidos por Secchi são os chamados “triângulos de ferro” (*iron triangles*). Este modelo compreende as relações de apoio mútuo entre os grupos de interesse, políticos e burocratas. Segundo este esquema, a relação entre esses três grupos é de fundamental importância para a definição das políticas públicas, principalmente políticas de desenvolvimento econômico. Esse esquema de interpretação das relações pode facilmente ser aplicado à realidade brasileira, principalmente para analisar as políticas de fomento agrícola (SECCHI, 2022, p. 168 e 169; RUA, AGUIAR).

Antes de encerrar a primeira seção deste artigo, é necessário conceituar o termo “eficácia”, pois é com base neste critério que as próximas seções serão discutidas. Eficácia pode ser definida como a relação entre resultados e objetivos e a capacidade de solucionar um problema. Quanto maior o grau de realização dos objetivos, mais eficaz é a organização (MAXIMIANO, 2000). Ao desempenhar uma tarefa ou função, atingindo o objetivo proposto, a eficácia está diretamente ligada à obtenção do resultado desejado.

É evidente que as políticas públicas representam uma ação fundamental para o desenvolvimento dos diversos setores da economia. Entretanto, a implementação eficaz dessas políticas é um constante desafio, exigindo constante colaboração entre os atores públicos e privados.

## 2. DO PEQUENO PRODUTOR RURAL

O pequeno produtor rural, figura essencial neste artigo, desempenha um papel crucial na economia do país. Nesta seção, será conceituado o pequeno produtor e apresentar-se-ão dados que demonstram o quanto contribuem com a economia do país, além de abordar os desafios e limitações enfrentados especialmente no âmbito tributário. Ao compreender esses fatores, é possível analisar um panorama mais claro das medidas necessárias para fortalecer e promover o desenvolvimento deste setor.

Neste sentido, com foco nas particularidades políticas de cada estado, as investigações científicas sobre os impactos de políticas públicas no setor agropecuário são recorrentes. A maioria das teorias econômicas acredita que o Estado exerce influências múltiplas sobre as atividades produtoras, seja disponibilizando incentivos ou legalizando ações que visem garantir acesso às políticas públicas (OLIVEIRA, 2012).

São evidentes as relações entre o direito tributário e a economia de mercado. A tributação é uma forma de garantir recursos para o alcance dos fins públicos, por isso, a tributação é uma das maneiras que a economia capitalista se vale para sobreviver. Afinal, o Estado pode buscar atingir os objetivos de interesse público sem necessidade de produzir riqueza própria (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 2 e 3).

O agronegócio está entre os grandes expoentes da economia brasileira. A produção e as exportações no setor vêm aumentando continuamente, porém, é



necessário trazer à luz o trabalho do pequeno produtor rural (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 1).

Segundo dados da Epagri – Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina – o estado de Santa Catarina é o maior produtor nacional de cebola, cultivada basicamente por pequenos produtores rurais, em pequenas fazendas. Conforme o Censo Agro 2017/IBGE, são 8.289 estabelecimentos agropecuários presentes no Estado dedicados à atividade de produção das cebolas (2021). Em 2020, Santa Catarina registrou um Valor de Produção Agropecuária (VPA) histórico, atingindo a marca de R\$40,9 bilhões. Além disso, no mesmo ano, o setor agropecuário catarinense alcançou um recorde de participação nas exportações do Estado catarinense, atingindo a expressiva marca de 70,2%, segundo dados da mesma pesquisa.

De acordo com a estimativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), entre 14 milhões e 15 milhões de pessoas dependem da agricultura familiar como sua principal fonte de renda, com base nos dados do Censo Agropecuário realizado em 2017. Além disso, o censo aponta que 3,9 milhões de propriedades no país são operadas por agricultores familiares (VEIGA FILHO, 2023).

Ao considerar que a maioria dos agricultores em Santa Catarina são pequenos produtores rurais, esses números tornam-se ainda mais expressivos. Segundo a presidente da Epagri, Edilene Steinwandter: “quando as famílias rurais são valorizadas e ficam no campo, garantem a segurança alimentar das famílias urbanas”, ressalta. Baseada em dados levantados pela própria Epagri, a presidente reforça a importância do incentivo à agricultura familiar:

Em 2010, o valor de produção agropecuária catarinense foi estimado em R\$12,9 bilhões. No ano passado, este valor chegou a R\$40,9 bilhões. Isso significa um crescimento nominal de 217% nesses últimos 10 anos e um crescimento real – descontada a inflação – de 68% no período. O exemplo de Santa Catarina mostra que a agricultura familiar é perfeitamente viável, diz ela (EPAGRI, 2021).

Pelos conceitos tradicionais, é dado maior importância econômica aos grandes produtores, mas não se deve deixar de lado os pequenos produtores, afinal, principalmente no Sul do país, a maioria destes possuem pequenas propriedades familiares e são justamente essas as responsáveis por movimentar a economia estadual (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 1), conforme dados apresentados anteriormente.

Esse panorama é suficiente para afirmar que o agronegócio é um dos principais promotores do desenvolvimento nacional. Embora se possa dizer que o aspecto econômico continua sendo um de seus pilares fundamentais, já não é mais suficiente apenas sua constatação. Com essa mudança na compreensão do desenvolvimento, surge a necessidade de repensar o papel que o agronegócio desempenha nesse processo. Como qualquer atividade econômica, sua eficácia afeta diversas áreas da sociedade e a análise de sua contribuição para o desenvolvimento não pode ser reduzida a considerar apenas o aspecto econômico (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 1).

Desde a formação do estado moderno, a tributação e economia têm sido relevantes para o desenvolvimento econômico, ao passar pelo marco histórico no período patrimonial<sup>4</sup> para o sistema de estado fiscal<sup>5</sup>, de tal forma, garantindo por meio da tributação, parte de sua totalidade, os recursos necessários para o alcance dos fins

4. Modalidade de interpretação do Estado em que os bens e riquezas do governante eram considerados indistintos dos bens públicos, marcando uma fase anterior à organização do Estado Moderno.

5. Característica dominante do Estado Moderno, no qual se estrutura com base em um sistema tributário organizado e conceito de propriedade. O estado fiscal também é quem garante os direitos fundamentais.



públicos. A tributação, de tal forma a arrecadação e fiscalização, são de interesses do estado, a qual deriva da suprema integração coletiva da comunidade. Isto revela que a criação de uma tributação e manutenção, só seria válida e validada, se estivesse em concordância com as políticas públicas, a qual devem justificar sua criação para tal ratificação (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 1).

No direito tributário, a arrecadação e a fiscalização são consideradas interesses secundários, as quais derivam do interesse primário: atingir os objetivos do preceptivo constitucional. Isso significa que a instituição e a manutenção de um tributo só podem ser consideradas legítimas e constitucionais enquanto estiverem de acordo com as políticas públicas que justificaram sua criação. Por isso que as discussões sobre a tributação devem ser mais do que um debate meramente técnico: são um debate público, possuindo uma perspectiva ampla de cidadania (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 4).

Levando em consideração que o sistema tributário nacional deve servir para induzir a economia e o desenvolvimento nacional, é evidente que a carga tributária não pode se tornar tão intensa e complexa a ponto de desestimular os contribuintes. Por outro lado, a tributação não pode ser tão discreta ao ponto de prejudicar ou até inviabilizar as políticas públicas indispensáveis para um país em desenvolvimento. É nessa difícil equação entre arrecadar e não sufocar a economia que os estados vivem na contemporaneidade (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 7-8).

A partir de uma leitura da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a noção jurídica de desenvolvimento, quando desvinculada de uma perspectiva meramente econômica, reclama a postura interventiva de uma Administração Pública inclusiva, por meio de ações universalizadas, que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial. Ao Estado não incumbe uma função subsidiária nessa seara, limitada a proporcionar uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos como ponto de partida; pelo contrário, a ele compete a implementação de políticas públicas de modo planejado, com vistas à redução das desigualdades entre as posições sociais existentes na realidade brasileira (HACHEM, 2013).

As reclamações, usuais a outros setores da economia, vão desde o nível da carga tributária até a forma como os tributos são arrecadados e administrados. Um estudo realizado pelo Centro de Conhecimento do agronegócio identificou os principais problemas tributários do agronegócio na prevalência da tributação indireta; na demora na recuperação de créditos tributários pagos na aquisição de bens de capital; na guerra fiscal decorrente das diferentes legislações do ICMS, bem como na ausência de regras claras sobre a concessão de vantagens fiscais concedidas pelos Estados; na dificuldade para remunerar créditos de ICMS; e nas distorções criadas pela heterogeneidade da legislação estadual (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 9).

Ao contrário do que a opinião popular possa acreditar, o agronegócio não se restringe a arar o solo, plantar, colher, criar animais e, ao final, comercializar a sua produção. Não se trata mais de um conceito que abrange apenas as atividades dentro da propriedade rural; indo além disso, e principalmente, envolve as atividades de distribuição de insumos agrícolas, armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas.

O agronegócio abrange não apenas os que trabalham diretamente com a terra, mas também as pessoas e empresas que fornecem os insumos, processam os produtos agropecuários, manufaturam, transportam e vendem os produtos aos consumidores, intermediários e finais (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 9-10).



Segundo João Eduardo Lopes Queiroz, o conceito admitido de agronegócio se aplica a todas as empresas que produzem, processam e distribuem produtos agrícolas. No entanto, a melhor definição é a de que a agroindústria corresponde a todas as operações de produção e distribuição de insumos agrícolas, operações de produção em unidades agrícolas, armazenamento, processamento e distribuição de produtos agrícolas e artigos deles produzidos. Este conjunto inclui todos os serviços de transporte, categorização, comercialização, seguros, troca de mercadorias, entre outros.

Todas as operações são elos de uma cadeia que se tornou cada vez mais intrincada à medida que a agricultura se modernizou e os produtos agrícolas dependem de serviços que estão fora da fazenda. Ainda, é importante salientar que, quando se fala do agronegócio nacional, está-se a falar também de pequenos, médios e grandes produtores rurais e empresas do setor, incluindo a agricultura e a agroindústria familiar, de grande relevância para este artigo (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 10).

Além do conceito de agronegócio, é importante conceituar o pequeno produtor rural – figura principal neste artigo científico. Apesar de não existir um conceito único, no Brasil, a Lei Complementar n. 11, responsável por instituir o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural), define em seu artigo 3.º, §1º, “a” e “b”, que é considerado produtor rural aquele que

proprietário ou não, que sem empregado, trabalhe na atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, assim entendido o trabalho dos membros da família indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua dependência e colaboração (ÁVILA, 2019, p. 66-67).

Concluindo esta seção centrada no pequeno produtor rural, resta evidente que o desenvolvimento do setor agrícola está intrinsecamente ligado ao apoio dedicado a esses agricultores. Políticas específicas e programas voltados ao pequeno produtor são elementos essenciais para promover o desenvolvimento, contribuindo para o avanço econômico e social das famílias rurais e do país. Ao reconhecer os desafios enfrentados pelo pequeno produtor rural, pode-se estabelecer novas agendas para uma agricultura mais inclusiva, beneficiando não apenas os agricultores, mas toda a sociedade.

### **3. TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O AGRONEGÓCIO**

Seguindo o raciocínio da seção anterior, nesta seção ingressa-se na análise dos tributos que incidem sobre o agronegócio, bem como a diversidade dos tributos e a competência dos vários entes que compõem a federação brasileira. São relações complexas, que por vezes criam encargos tributários para todos os entes da federação. Consequentemente, a análise limitar-se-á aos principais tributos incidentes sobre o agronegócio, pois ao compreender a natureza intrincada dessa carga tributária, é possível avaliar de maneira abrangente o impacto econômico sobre os produtores e demais agentes do agronegócio, contribuindo para uma análise sobre as políticas fiscais voltadas para este setor.

Em negócios diversificados dentro de uma mesma cadeia, o número de tributos incidentes sobre eles tem aumentado à medida que ocorrem mais fatos geradores de diferentes naturezas. Carlos José Caetano Bacha analisou os principais tributos incidentes sobre a agricultura e o agronegócio, e destacou como de especial relevância a incidência dos seguintes tributos: Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS - e Contribuição para



o PIS/PASEP; Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS; Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, Contribuições ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; Contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - Funrural; Imposto de Renda sobre Pessoa Física - IRPF – e sobre Pessoa Jurídica - IRPJ; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL – e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Tratando dos tributos propriamente ditos, é necessário trazer à luz dois deles que são essenciais para o agronegócio: ITR e ICMS. O primeiro tributo a ser discutido é o ITR - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, previsto no artigo 153, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). No próprio texto constitucional é previsto o seu caráter extrafiscal, ou seja, sua função não somente é arrecadar tributo, mas também como regulador de atividades particulares.

No caso do ITR, sua alíquota é progressiva de acordo com a produtividade da terra, então quanto maior a produção agrícola, mais baixa será a alíquota do imposto, dessa forma servindo para desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. Além disso, conforme já mencionado, o ITR não incidirá sobre pequenas glebas rurais, quando o proprietário que as explora não possuir outro imóvel – agricultura familiar – ou que a soma de todos os imóveis que possui não ultrapasse o limite definido em lei. A função extrafiscal do tributo é importante em virtude de sua relevância para a preservação ambiental.

André Luis Vieira (2005) leciona que o ITR permite que seja excluída da sua base de cálculo o percentual referente às áreas de floresta nativa, áreas de preservação permanente – APPs – e as reservas legais, assim como de outras áreas de proteção definidas por lei que compõe as propriedades rurais, voltada à concretização da função social da propriedade rural e à preservação do meio ambiente. A doutrina é unânime em reconhecer o caráter extrafiscal do ITR, conforme lecionam os Drs. Alexandre Mazza, Eduardo Sabbag e Maria Rita Ferragut.

Vale destacar que nos dias atuais o meio ambiente é um assunto recorrente em pautas, então dificilmente alguma área destinada à agricultura e/ou pecuária não terá alguma parte destacada para fins de proteção ambiental. A isenção do ITR corrobora, assim, com a ideia de que as políticas públicas auxiliam no desenvolvimento do pequeno produtor e preservação da natureza.

O próximo tributo a ser abordado é o ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e de Transporte Interestadual e Intermunicipal, que se encontra previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A legislação atual determina que será considerado como contribuinte pessoa física ou jurídica que pratique com habitualidade e em grande volume, caracterizando intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que a operação tenha se iniciado no exterior.

Ao contrário do ITR que é um tributo federal, isto é, de competência da União, o ICMS é de competência estadual. Destarte, as alíquotas de ICMS variam em decorrência do Estado de origem e do Estado de destino do produto, o que acaba contribuindo para a chamada “guerra fiscal” entre os Estados, com impactos diretos no agronegócio, isso porque os estados possuem relativa autonomia para legislar sobre o ICMS.

Portanto, alguns Estados acabam concedendo benefícios tributários aos contribuintes, como a redução de alíquota ou até isenção do tributo para alguns tipos de operações, o que acaba por provocar grandes migrações de empresas e famílias em busca de Estados mais vantajosos economicamente (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 14).



À medida que se conclui a análise sobre os principais tributos incidentes sobre o agronegócio, é inegável que a complexidade desse cenário. Os tributos exercem influência direta na competitividade do agronegócio, influenciando seu papel vital no desenvolvimento econômico. Assim, deve ser analisada a estrutura tributária vigente, e considerados ajustes que promovam um ambiente mais favorável ao crescimento econômico do agronegócio.

#### **4. DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS ESPECÍFICAS - PLANO SAFRA, PRONAF E FUNRURAL**

Além dos tributos mencionados na seção anterior, as políticas tributárias específicas, destacadas neste artigo o Plano Safra, o Pronaf e o Funrural, desempenham um papel essencial no desenvolvimento do setor agrícola. Esta seção busca explorar a natureza e o impacto dessas políticas públicas criadas pelo Estado brasileiro, destacando como elas moldam a realidade dos agricultores e influenciam diretamente a dinâmica agrícola. Ao compreender a fundo essas políticas, é possível avaliar sua eficácia, desafios e contribuição para a promoção do desenvolvimento do pequeno produtor rural.

O Plano Safra tem como objetivo apoiar a produção agropecuária nacional, destinando todos os anos recursos para custeio e investimento no setor. São diversos programas de modernização, inovação, sustentabilidade e subsídios securitários para a agricultura e pecuária, sempre priorizando os pequenos e médios produtores rurais. Na safra de 2022/2023, por exemplo, foi estimada a disponibilização de R\$ 340,88 bilhões, para o referido benefício (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, as políticas públicas devem buscar o aproveitamento das oportunidades de mercado, apoiadas no espírito empreendedor dos produtores rurais brasileiros, como demonstra o desempenho histórico da produção e das exportações agrícolas. Esse é o lema da política agrícola, que tem como principal pilar o crédito rural, como ferramenta de apoio ao fortalecimento do setor agropecuário, auxiliando-o no desenvolvimento do seguro rural (BRASIL, 2022).

O ininterrupto apoio ao crédito dos produtores rurais tem se caracterizado não apenas pela sucessiva disponibilidade de recursos, mas também pela revisão das condições de financiamento e demais regras de funcionamento do crédito rural, tornando-o menos burocrático e mais atrelado às inovações tecnológicas e produtivas (BRASIL, 2022). Como exemplo, para adquirir maquinário agrícola – os pequenos produtores participantes do Plano Safra possuem condições de financiamento maiores e com taxas mais baixas.

É o que destaca o vice-presidente da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - Anfavea, Alexandre Bernardes:

Há boas expectativas com a alta de 28% nos recursos do Plano Safra 2023/24 [...] Indústria e produtores agrícolas estão animados com a possibilidade de voltarem a ter juros baixos para a compra de equipamentos e com o apoio ao desenvolvimento de tratores de baixa potência, fabricados no país, permeando todos os segmentos do agro, grandes e pequenos agricultores (CEZAR, 2023).

Por outro lado, segundo o BNDES (2023), o Pronaf - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar, tem como objetivo o financiamento para custeio e investimentos para implantação, ampliação ou modernização da estrutura de produção, beneficiamento, industrialização e de serviços no estabelecimento rural ou em áreas



rurais comunitárias próximas, com o objetivo de geração de renda e melhor aproveitamento da mão-de-obra familiar, subdividindo-se em outros programas, como o Pronaf Mulher e Pronaf ABC+ Agroecologia.

Nessa perspectiva, o Pronaf emerge como uma ferramenta governamental capaz de aumentar as oportunidades de investimento dos agricultores familiares, para que possam materializar seus projetos produtivos, gerar renda, e, com isso, melhorar suas condições de vida no campo. Entretanto, ainda que essa política pública seja uma inovação histórica, deve-se levar em conta que seu processo evolutivo tem sido marcado por avanços e ambiguidades (DE AQUINO; SCHNEIDER, 2015, p. 57).

Em resumo, durante seus primeiros 18 anos de existência, a política de crédito do Pronaf tornou-se uma importante fonte de financiamento público para diversos segmentos da agricultura brasileira. Sua versão mais recente, porém, parte de uma lógica evolucionista que elege como público privilegiado os agricultores familiares de maior renda (DE AQUINO; SCHNEIDER, 2015, p. 62). Dessa forma, apesar da existência do Pronaf e de sua assistência ao pequeno produtor rural, percebe-se que sua efetividade ainda não é plena em todo o país.

Segundo Aristides Santos, presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura - Contag, e Diego Moreira, da direção nacional do setor de produção do Movimento Sem Terra - MST,

uma preocupação central, sustentam ambos, continua sendo o alcance limitado do Pronaf. Segundo Moreira, em torno de 70% das famílias assentadas não têm acesso ao crédito rural e entre os que conseguem contratar os recursos metade está no Sul.

É fundamental que as políticas públicas relacionadas ao crédito rural sejam pensadas para melhorar sua eficácia. A baixa efetividade dessas políticas muitas vezes está relacionada à burocracia e à demora nas decisões administrativas, o que compromete o alcance das ações voltadas aos pequenos produtores rurais. O MST tem estabelecido uma agenda construtiva em colaboração com o Ministério da Fazenda e o Banco do Brasil, com o propósito de conceber soluções que tornem o crédito rural mais acessível a toda a população (VEIGA FILHO, 2023).

Por último, o Funrural - Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, considerado uma contribuição social, possui caráter previdenciário e rural. A Contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural refere-se à contribuição previdenciária patronal da agroindústria e dos fazendeiros à Previdência Social, que substitui a contribuição de 20% que as demais empresas não agrícolas pagam sobre a folha de pagamento. O Funrural não é uma contribuição específica para a aposentadoria específica do produtor, mas sim para a previdência como um todo (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 16).

Além do caráter previdenciário do Funrural, este inclui isenções importantes, destinadas a incentivar atividades específicas do agronegócio. São um tipo de benefício fiscal para que o contribuinte possa economizar no pagamento de tributos. Então, produtores rurais que comercializam criação de pecuária de cria, recria e engorda; sementes; leitões e pintinhos estão isentos de contribuir com o Funrural, garantido legalmente pela Lei 13.606/2018 (BRASIL, 2018). Essas isenções visam estimular essas atividades específicas, consideradas estratégicas para a cadeia produtiva agropecuária, ao mesmo tempo em que refletem uma política pública que busca equilibrar arrecadação e incentivos para o fortalecimento do setor.



Vale destacar o lado problemático do Funrural, pois em 2010, o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do Recurso Extraordinário 363.852, envolvendo o Frigorífico Mataboi S/A e a União, declarou a inconstitucionalidade da cobrança desse tributo sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural por empregadores pessoas naturais.

Nesse contexto, tanto os produtores rurais com empregados quanto os produtores rurais sem empregados, têm questionado a incidência desse tributo. Buscam, do ponto de vista constitucional, restringir a cobrança apenas à folha de pagamentos dos incisos I e II do art. 22 da Lei 8.212/91, em vez de abranger a receita bruta resultante da comercialização da produção rural (TAMARINDO, 2017, p. 167).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal parece ter reavaliado sua própria posição que havia sido estabelecida sete anos antes. A tese aprovada em plenário afirmou que a contribuição social do empregador rural pessoa física, criada pela Lei 10.256/2001, é constitucional, tanto formal quanto materialmente, quando incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção. Essa decisão, aparentemente, encerrou a controvérsia sobre a constitucionalidade do Funrural, mas não ofereceu soluções para os problemas decorrentes desse dilema legal. Entre 2010 e 2017, muitos produtores rurais, frequentemente respaldados por decisões judiciais, deixaram de pagar essa contribuição (FOLLONI; BORGHI, 2019, p. 16-17).

Outrossim, é importante observar que a contribuição devida ao Senar não foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, até segunda ordem, a exigência permanece para os produtores rurais pessoas físicas (TAMARINDO, 2017, p. 173).

É evidente, portanto, que essas iniciativas são elementos cruciais para o fortalecimento e a proteção dos agricultores e dos benefícios que seus programas disponibilizam aos agricultores; por outro lado, suas exceções, isto é, as isenções tributárias, também são, pois permitem que o pequeno produtor economize ao deixar de pagar certos tributos. No entanto, alguns desafios persistem, como a burocracia excessiva, a qual requer atenção contínua por parte dos atores públicos. A eficácia dessas políticas está intimamente relacionada às necessidades do setor agrícola, ou seja, é essencial que elas apoiem os agricultores e promovam seu desenvolvimento.

## **5. DA EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O objetivo deste estudo foi explorar alguns dos efeitos da tributação no desenvolvimento do agronegócio, especialmente o impacto sobre os pequenos produtores rurais, esta última seção propõe-se a avaliar a eficácia das políticas públicas existentes no país e se são capazes de promover o desenvolvimento do pequeno produtor rural.

Conforme exposto ao longo do artigo, o agronegócio desempenha um papel fundamental na economia de inúmeros municípios e estados brasileiros, na atualidade, representa um dos setores mais importantes da economia nacional, contribuindo com cerca de 22% do Produto Interno Bruto – PIB – do país. Isso se deve principalmente ao fato de o Brasil se destacar no desenvolvimento e na produção de tecnologias agrícolas e ser um dos maiores produtores e exportadores de uma variedade de commodities, como cebola, soja, milho, carne bovina e embriões in vitro (TAMARINDO, 2017, p. 214).

A agricultura familiar desempenha um papel significativo na produção agrícola, contribuindo com 94% da produção de babaçu, 81% da produção de morango, 69,6% da



produção de mandioca, 51,4% na produção de suínos, além de garantir 48,5% da produção de banana e 25,9% da produção de legumes e hortaliças (VEIGA FILHO, 2023).

Apesar dos desafios, como burocracia excessiva, complexidade tributária e infraestrutura insuficiente, a competitividade do agronegócio brasileiro é impulsionada pelas condições climáticas favoráveis, abundância de terras férteis e água, bem como pela inovação e empreendedorismo dos pequenos produtores rurais e empresários do setor. Ao mesmo tempo, os produtores rurais e a agroindústria recebem um considerável número de incentivos fiscais na forma de isenções tributárias, o que os coloca em posição de menor tributação em relação aos demais setores produtivos do país, com impactos positivos sobre o crescimento (TAMARINDO, 2017, p. 215; SARSO, 2017, p. 77).

É importante ressaltar que um sistema de tributação mais simplificado, no qual todos os setores econômicos estivessem submetidos a uma carga tributária uniforme, poderia resultar em aumentos significativos de eficiência e fomentar um crescimento mais substancial, com impactos diversos sobre as várias cadeias do agronegócio (SARSO, 2017, p. 77). Os governos brasileiros também desempenham um papel crucial no agronegócio com políticas tributárias voltadas principalmente para o desenvolvimento do pequeno produtor rural, e inserções de pautas importantes na agenda.

Como é o caso do município de Campo Alegre em Santa Catarina. A Lei Complementar nº. 179 de 26 de setembro de 2023 alterou as alíquotas do Imposto Sobre a Transmissão de Bens Inter Vivos – ITBI, no caso do agricultor, foi estabelecida nova alíquota de 1,5% para imóveis localizados em área rural e com apresentação de documento de aptidão ao Pronaf pelo comprador, desta forma, o estabelecimento de alíquota reduzida permite o desenvolvimento agrícola na região, tornando as opções de compra de imóveis mais atrativas para os pequenos produtores.

Art. 1º Os dispositivos a seguir enumerados, da Lei Complementar Municipal nº 002, de 21 de dezembro de 2001 - REGULAMENTA O IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO "INTER VIVOS", passarão a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 9º As alíquotas do ITBI são as seguintes, tomando-se por base o valor, avaliado ou declarado, do imóvel ou direito transmitido ou cedido:

I - até 50.000 (cinquenta mil) UPM — alíquota 1% (um por cento);

II - acima de 50.000 (cinquenta mil) UPM até 100.000 (cem mil) UPM – alíquota 2% (dois por cento);

III - acima de 100.000 (cem mil) UPM - alíquota 3% (três por cento).

IV - Imóvel em área rural, com apresentação, pelo comprador, de Documento de Aptidão ao PRONAF (DAP/CAF), alíquota de 1,5% (um e meio por cento).

V - Imóvel com transmissão compreendida no Sistema Financeiro de Habitação, alíquota 1% (um por cento);

Nesta senda, uma parte significativa do sucesso do agronegócio brasileiro, que tem uma forte orientação para a exportação, está relacionada às políticas governamentais de desoneração fiscal, incluindo imunidades, isenções e outros benefícios fiscais. Isso se aplica às operações de exportação de mercadorias, incluindo produtos primários e semielaborados, bem como às receitas decorrentes dessas operações, abrangendo contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico. Essas medidas também afetam tributos como o ICMS, IPI, PIS, COFINS e ISS (TAMARINDO, 2017, p. 215).

Além disso, as políticas públicas comentadas ao longo do artigo também possuem contribuição significativa para o desenvolvimento do pequeno produtor, é pelo Plano Safra e Pronaf que os pequenos e médios produtores valem-se de incentivos para garantir o



sucesso do seu negócio. O MST em conjunto com a área técnica do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS – busca desenhar um programa de financiamento a agroindústrias de médio e pequeno porte (VEIGA FILHO, 2023).

Tanto é que o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF – representou a primeira conquista significativa dos pequenos produtores rurais como uma política pública eficaz. Ele surgiu como resposta às demandas há muito reivindicadas pelos trabalhadores do campo, impulsionadas por pressões dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada (HENIG, SANTOS, 2016, p. 263).

Por mais que o cenário atual demonstra o sucesso dos produtores rurais e as medidas tributárias que visam este sucesso, é importante ressaltar que as políticas sempre podem melhorar. Segundo Aristides Santos, o Banco Central “prestou um desserviço à agricultura familiar ao manter a taxa Selic em 13,75”. A redução das taxas de juros do crédito teria como principal impacto o estímulo à produção de alimentos, o que, por sua vez, poderia contribuir significativamente para atenuar as pressões inflacionárias (VEIGA FILHO, 2023).

Portanto, é de suma importância a escolha da agricultura familiar como figura central nas políticas públicas voltadas ao desenvolvimento rural, mesmo diante dos desafios inerentes à ação governamental em relação à agricultura e aos próprios agricultores. Isso demonstra a intenção de atender às necessidades da categoria e de tornar as políticas relevantes, de forma a estar acessíveis a todos que delas precisarem, contribuindo para o bem-estar desse setor (HENIG, SANTOS, 2016, p. 264).

Ao realizarmos uma comparação entre Brasil e União Europeia, percebe-se a diferença na tributação e incentivos destes dois entes. Na União Europeia a política comercial é fundamentada no princípio do livre comércio, no qual a liberdade é considerada essencial para promover o crescimento econômico, abrangendo o desenvolvimento de novas tecnologias, produtos e serviços. Embora a União Europeia tenha como princípio fundamental a liberdade de circulação de mercadorias e serviços, o próprio tratado estabelece limitações à liberdade dos países-membros quando se trata de suas políticas agrícolas (ÁVILA, 2019, p. 48).

Isso reflete a considerável importância da agricultura na economia da Comunidade Europeia, justificando as políticas de regulamentação da atividade agrícola de seus membros. Essas políticas visam a harmonização, a sustentabilidade e a estabilidade do setor agrícola em toda a União Europeia, bem como a proteção de seus agricultores e consumidores. Portanto, a União Europeia optou por uma abordagem mais intervencionista no que diz respeito à política agrícola, em contraste com a ênfase na livre circulação de outros setores da economia (ÁVILA, 2019, p. 48).

De modo semelhante ao que ocorre no Brasil, na União Europeia, na área agrícola, existe uma repartição vertical de competências compartilhadas entre o governo central – no caso do Brasil a União e na União Europeia a própria UE – e as entidades subnacionais – estados no Brasil e estados-membros na UE (ÁVILA, 2019, p. 49). Essa distribuição de competências permite que os estados / estados-membros tenham um papel significativo na formulação e implementação de políticas agrícolas, ao mesmo tempo em que o governo central estabelece diretrizes gerais e regulamentações.

Essa partilha de competências pode resultar em complexidades e variações nas políticas agrícolas entre as diferentes regiões do país ou entre os estados-membros na União Europeia. No Brasil, a competência compartilhada entre a União e os estados é estabelecida pela Constituição Federal, enquanto que na União Europeia, as regras são definidas pelos tratados e regulamentos que regem esse bloco econômico. Em ambos os



casos, o objetivo é equilibrar a necessidade de regulamentação centralizada com a capacidade de adaptação e consideração das especificidades regionais.

Exatamente devido à necessidade de seguir o princípio da harmonização e a importância dos valores da União, também fundamentados no princípio da integração, o próprio Tratado estabelece diretamente os benefícios que podem ser concedidos. Além disso, confere a uma Comissão o poder de decisão caso ela constate que um auxílio prestado por um Estado ou proveniente de recursos estatais não esteja em conformidade com o mercado interno ou esteja sendo aplicado de maneira abusiva. Essa Comissão tem a autoridade para ordenar que o Estado em questão elimine ou ajuste o auxílio. Esse mecanismo é projetado para assegurar a coerência e a conformidade com as regras e princípios do mercado comum europeu (ÁVILA, 2019, p. 55).

Portanto, enquanto que no Brasil a disciplina constitucional é de fato complexa não apenas no que diz respeito ao exercício da competência tributária em si, mas também no que se refere às limitações formais na concessão de subsídios pelas entidades federadas, na União Europeia os estados-membros possuem maior liberdade para legislar sobre a matéria, porém, possuem sua soberania limitada pelos tratados, motivados pela busca do mercado único de integração econômica (ÁVILA, 2019, p. 57-58).

Ao final, resta demonstrado a possibilidade de implementar políticas públicas destinadas a estimular o desenvolvimento do pequeno produtor rural, tanto aquelas já em vigor quanto novas iniciativas por meio das agendas, com inspiração em práticas adotadas por países estrangeiros e em suas abordagens políticas e jurídicas sobre o assunto. Ao reconhecer os sucessos e desafios enfrentados na implementação de políticas públicas, é possível orientar esforços para otimizar as estratégias governamentais, promovendo soluções que verdadeiramente atendam às necessidades dos agricultores e contribuam para o desenvolvimento do setor.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo deste estudo, investigou-se a eficácia das políticas tributárias sobre o desenvolvimento do pequeno produtor rural. O problema de pesquisa foi analisar se as políticas tributárias têm sido eficazes para promover o seu desenvolvimento.

Para tanto, verificou-se que até o século passado não existiam políticas públicas voltadas ao pequeno produtor rural. Esta situação mudou com os movimentos sindicalistas dos agricultores, que passaram a reivindicar mais apoio e proteção dos estados aos pequenos agricultores. Dessa forma, a inserção da agricultura familiar na agenda dos atores públicos e privados passou a ser cada vez mais frequente, sendo promulgadas importantes isenções tributárias como a do ITR, que permite a exclusão do percentual referente às áreas de floresta nativa da sua base de cálculo, assim como isenta do pagamento os possuidores de pequena gleba rural, por exemplo.

A hipótese trabalhada neste artigo foi de que, apesar de existirem políticas públicas voltadas ao pequeno produtor rural, essas políticas carecem de efetividade plena, limitando seu impacto no desenvolvimento socioeconômico. Essa abordagem permitiu explorar como a tributação pode atuar como um instrumento de inclusão social e fortalecimento da agricultura familiar, quando vinculada a políticas públicas bem estruturadas. O estudo revelou que, embora existam avanços, há margem significativa para melhorias na formulação e implementação dessas políticas.

Para que a principal pergunta desta pesquisa fosse respondida e a hipótese confirmada, foi necessário estabelecer alguns objetivos, sendo eles: compreender as



políticas públicas, demonstrar políticas alternativas que visem o desenvolvimento do pequeno produtor, conceituando-o e apresentando dados sobre esta categoria no Brasil e em Santa Catarina e, por fim, analisar e definir a eficácia das políticas públicas tributárias existentes no Brasil e em outros países, com base na literatura contemporânea e no direito comparado.

Para cumprir com o proposto, dividiu-se o artigo em cinco seções. Na primeira seção, conceituou-se os termos básicos deste artigo, tais como políticas públicas, direito tributário e eficácia. Na segunda, definiu-se o pequeno produtor rural, e foram abordados algumas de suas dificuldades e apresentados dados que demonstram sua importância econômica em nível estadual e nacional.

Na terceira e quarta seções, foram examinadas as políticas tributárias existentes e como elas impactam diretamente os pequenos produtores rurais. Na última seção foi respondida à pergunta inicial da pesquisa, analisando a eficácia das políticas públicas para promover o desenvolvimento do pequeno produtor rural.

Portanto, com base nos resultados dessas seções, conclui-se que as políticas tributárias desempenham, de fato, um papel crucial no desenvolvimento do pequeno produtor rural. A resposta à pergunta de pesquisa é que essas políticas têm um impacto significativo sobre esses agricultores, afetando diretamente seu desenvolvimento, podendo ser notado pelo crescimento econômico deste setor e pelas políticas apresentadas ao longo do artigo.

É mister ressaltar novamente o caso do Pronaf, vez que a política de crédito se tornou uma significativa fonte de financiamento público para diversos setores da agricultura brasileira. Entretanto, a versão mais atual do programa adota uma abordagem evolucionista, priorizando os agricultores familiares de maior renda. Assim, apesar da existência do Pronaf e de seu suporte ao pequeno produtor rural, é evidente que sua eficácia ainda não abrange integralmente todas as regiões do país.

Então, quanto à hipótese inicial, as descobertas indicam que as políticas tributárias são eficazes no desenvolvimento dos pequenos produtores rurais, porém, carentes de efetividade, por vezes.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Soberania e Tributação no Agronegócio**. Lisboa, 2019.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 set. 23.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9393.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9393.htm)>. Acesso em: 28 setembro 23.

\_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Plano Safra 2022/2023**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/plano-safra/2022-2023>. Acesso em: 9 junho 23.

\_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Plano Safra 2022/2023**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/plano-safra/2022-2023/cartilha-plano-safra-2022-2023.pdf/>. Acesso em: 9 junho 23.



BNDES. **Pronaf - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronaf>. Acesso em: 9 junho 23.

CAZELLA, Ademir Antonio. **Governança fundiária: caracterizar melhor para melhor apoiar**. 2017.

CEZAR, Genilson. **À espera da retomada**. Valor Setorial Agronegócio, julho 2023.

DE AQUINO, Joacir Rufino, SCHNEIDER, Sergio. **O Pronaf e o desenvolvimento rural brasileiro: avanços, contradições e desafios para o futuro**. 2015.

EPAGRI. **Santa Catarina alcança o maior valor de produção agropecuária da história**. 2021. Disponível em: <https://www.epagri.sc.gov.br/index.php/2021/04/14/santa-catarina-alcanca-o-maior-valor-de-producao-agropecuaria-da-historia/>. Acesso em: 28 set. 23.

\_\_\_\_\_. **Santa Catarina dá início à década de incentivo à agricultura familiar**. 2021. Disponível em: <https://www.epagri.sc.gov.br/index.php/2021/08/09/santa-catarina-da-inicio-a-decada-de-incentivo-a-agricultura-familiar/>. Acesso em: 28 set. 23.

FILHO, Lauro Veiga. **Crédito tem alcance limitado**. Valor Setorial Agronegócio, julho 2023.

FOLLONI, André. BORGHI, Vitor. **Tributação Do Agronegócio (ITR, ICMS e Funrural) e Desenvolvimento Sustentável**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 14, n. 2/2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32635>. Acesso em: 28 set. 23.

HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, 2013. acessado em 01/05/2023. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/126/289>. Acesso em: 28 set. 23.

HEIDEMANN, Francisco. G. **Do sonho do progresso a política de desenvolvimento**. In: HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. Políticas públicas e desenvolvimento: base epistemológica e modelo de análise. Brasília: UNB, 2010.

HENIG, Edir Vimar. DOS SANTOS, Irenilda Ângela. **Políticas públicas, agricultura familiar e cidadania no Brasil: o caso do PRONAF**. Uniceub, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 6, n. 1, jan-jul 2016.

MACÊDO, Stephanie. **Políticas Públicas: o que são e para que existem**. 2018. Rede Alese (Assembleia Legislativa do estado de Sergipe). Disponível em: <https://al.se.leg.br/politicas-publicas-o-que-sao-e-para-que-existem/>. Acesso em: 28 set. 23.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à Administração**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEDEIROS, Rafael. **Direito Tributário: conceito, princípios e áreas de atuação**. 2023. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/direito-tributario/>. Acesso em: 28 set. 23.



MEZZAROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5ª ed. Editora Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Sibeles Vasconcelos de. **Os efeitos da carga tributária indireta e das políticas públicas agrícolas sobre os preços dos alimentos em Porto Alegre (RS)**. Brasil. Rev. Econ. Sociol. Rural 50 (4). Dez, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/resr/a/6hqtZwqm3yVYm6tszZrvGSL/?lang=pt>>. Acesso em: 01 maio 23.

OLIVEIRA, Vanessa. **As fases do processo de políticas públicas**. In: Vitor Marchetti (Org). Políticas Públicas em debate, São Bernardo do Campo, MP Editora, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Direito do agronegócio: é possível a sua existência autônoma?**. Direito do agronegócio. 2. ed., 2011.

RUA, Maria das Graças. AGUIAR, Alessandra, T. **A política industrial no Brasil, 1985-1992: Políticos, Burocratas e interesses organizados no processo de *policy-making***. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4017/11/PPP\\_n12\\_PoliticalIndustrial.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4017/11/PPP_n12_PoliticalIndustrial.pdf). Acesso em: 05 novembro 23.

SARSO, Fábio José Herrero. **Desafios ao crescimento do agronegócio diante da tributação na agropecuária e na agroindústria brasileira**. Dissertação apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Agronegócio, 2017.

SECCHI, Leonardo. COELHO, Fernando de Souza. PIRES, Valdemir. **Políticas Públicas - Conceitos, Casos Práticos, Questões de Concursos**. Cengage, 3ª ed, 2022.

TAMARINDO, Ubirajara Garcia Ferreira. **Tributação no agronegócio: uma análise dos principais tributos incidentes**, Tupã-SP, 2017.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a\\_pdf/03\\_aatr\\_pp\\_papel.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf). Acesso em: 05 novembro 23.

TRINDADE, Heloisa. Assessoria de Comunicação. Câmara Municipal de Sidrolândia, 2021. Disponível em: <<https://www.camarasidrolandia.ms.gov.br/noticias/projeto-de-lei/vereadores-aprovam-isencao-do-itbi-para-a-agricultura-familiar-do-municipio>>. Acesso em: 01 maio 23.

VIEIRA, André Luis. **A função do tributo na tutela ambiental**. Instituto CEUB de pesquisa e desenvolvimento - ICPD Centro de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - CESAPE, Brasília, 2005.



## MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E EXECUÇÃO PENAL: OS LIMITES DISCIPLINARES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cinara Sacht Fernandes Dias<sup>1</sup>  
Leandro Gornicki Nunes<sup>2</sup>

**Resumo:** O objeto do presente artigo são os limites da aplicação de falta grave quando há violação das regras de área de inclusão e fim de bateria durante a monitoração eletrônica de condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade. O trabalho discorre sobre as hipóteses legais de aplicação da medida de monitoração eletrônica, a aplicação de falta grave quando da violação da área de inclusão ou recarga do equipamento e a violação de direitos humanos no Estado Democrático de Direito, quando não observados o princípio da legalidade e da proporcionalidade ao caso concreto. A metodologia utilizada é a dedutiva, tendo como método o descritivo e a revisão bibliográfica para embasar a construção das hipóteses, diagnosticar e formular o problema, a fim de analisar rigorosamente as discussões acerca do tema objeto de estudo. O resultado da pesquisa demonstra a ilegalidade na aplicação de falta grave e a violação de direitos fundamentais nas prisões domiciliares cumuladas com monitoramento eletrônico, onde, apesar da vasta legislação protetiva em vigor, nota-se que há total supressão dos direitos dos indivíduos privados de liberdade.

**Palavras-chave:** Monitoração eletrônica. Execução penal. Limites disciplinares. Estado democrático de direito.

**Abstract:** The purpose of this article is to study the limits of the applications of grave misconduct in case of violations of the rules of the inclusion area and battery shortage during electronic monitoring of convicts serving their custodial sentences. This paper aims to discourse about the legal hypothesis of the application of grave misconduct in case of violations of the rules of the inclusion area or battery recharge and the Human Rights violation within the Democratic State based on the Rule of Law, when the principles of legality, proportionality and objective good-faith are not observed on a case by case basis. The methodology used for the paper is the deductive one, with the descriptive method and bibliographic review to help building those hypotheses in order to diagnose and formulate the issue, so as to rigorously analyze the discussions around the theme. The result of the research demonstrates the illegality in the application of serious misconduct and the violation of fundamental rights in house arrests combined with electronic monitoring, where despite the vast protective legislation in force, it is noted that there is total suppression of the rights of individuals deprived of freedom.

**Keywords:** Electronic monitoring. Criminal execution. Disciplinary limitations. Democratic state based on the rule of Law.

### INTRODUÇÃO

Este estudo trata da análise da legislação legal aplicável à prisão por monitoramento eletrônico e suas consequências processuais e na vida da pessoa monitorada. O tema é atual e relevante, porque o monitoramento eletrônico tem sido utilizado como medida cumulada à prisão, sendo uma alternativa ao cárcere, a fim de desafogar as prisões superlotadas e de promover a redução de custos no sistema prisional.

Vale destacar que, segundo dados do Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN, 2023), até dezembro de 2023, havia 153.509 pessoas em monitoramento eletrônico e, desse total, 55.477 cumpriam a pena em regime semiaberto, representando mais de 36% dos apenados. Estes dados demonstram que a falta de vagas no sistema

1. Acadêmica do curso de Direito da Univille. Graduada em Engenharia de Produção e Sistemas Produtivos (UDESC). Especialista em Engenharia e Segurança do Trabalho (SOCIESC).

2. Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR). Especialista em Direito Penal (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille.



prisional convencional tornou o monitoramento eletrônico uma alternativa para desafogar as prisões, diante da superlotação das unidades prisionais. Tal realidade pode ser evidenciada nos tribunais superiores através da Súmula Vinculante 56 do Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>, que indica o caminho para diminuir a superpopulação carcerária.

Neste contexto, o tema é relevante, pois questiona e analisa como está sendo a monitoração desses apenados pelos agentes do Estado e pelo Poder Judiciário, e quais são os limites da aplicação de sanções às pessoas monitoradas quando ocorre violação das regras impostas para cumprimento da pena nesse formato de vigilância.

A análise parte do sistema que compõe a estrutura estatal de controle, formada pelos agentes responsáveis pelo monitoramento da Unidade de Monitoramento Eletrônico (UME), o juízo da execução penal e o órgão acusatório. Fora deste cenário de força do Estado, resta a pessoa monitorada, que deve cumprir as medidas aplicáveis e sofrer as sanções quando há o descumprimento de tais medidas.

O monitoramento eletrônico também pode ser aplicado para outras formas de cumprimento de pena, tal como medida cautelar diversa da prisão, que concede ao acusado uma forma menos gravosa ao aguardar uma possível condenação, ou então a absolvição, ou, ainda, cumprir uma medida de urgência nos casos de violência doméstica e familiar, entre outras formas de aplicação que, embora não menos importantes, não serão objeto de estudo devido à amplitude da discussão. Igualmente, não será objeto de estudo discutir se o monitoramento eletrônico é ou não a melhor forma de vigilância ou cumprimento de pena. O tema fica restrito à análise do monitoramento eletrônico, aplicável no regime semiaberto e, no âmbito da execução penal.

O texto inicia contextualizando a fundamentação legal para aplicação de medida de monitoração eletrônica. Na sequência, análise das consequências quando há o reconhecimento de falta grave durante o processo de execução penal e, após, traz a discussão acerca da ilegalidade e desproporcionalidade na aplicação de falta grave a apenados que violam área de inclusão ou deixam de recarregar o equipamento cometendo violação por fim de bateria.

## 1. A EXECUÇÃO PENAL E OS LIMITES LEGAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1969), artigo VIII, todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Nas palavras de Dimoulis (2015), a principal finalidade de uma Constituição rígida em um regime democrático de governo é limitar a vontade da maioria, de forma que se impeça que direitos de minorias sejam suprimidos ou limitados pela vontade da maioria. No ensinamento de Santos (2022, p. 671), “o monopólio estatal do poder de punir exclui a **vingança privada** nas sociedades modernas, com alguns desdobramentos necessários”. (Grifo no original).

Em sentido estrito, quando um indivíduo pratica uma infração penal, surge o *jus puniendi* para o Estado, o que significa que o Estado tem o poder punitivo concedido pela maioria sobre este indivíduo. Porém, tal poder é limitado pela Constituição Federal, pelo sistema legal e por tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, de forma a garantir que os direitos desse indivíduo sejam protegidos. Para que haja a efetiva punição, o

---

3. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.



sujeito que comete um ato considerado ilícito deve passar pelo devido processo legal, em respeito ao princípio da legalidade.

Este princípio também pode ser chamado de princípio da reserva legal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, 1988, art.5º, II). A constituição é firme no sentido de estabelecer limites tanto para conter como para reduzir o poder punitivo por força do princípio da legalidade. Logo, ninguém será arbitrariamente preso (DUDH, art. IX), ou seja, ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários (CADH, art. 7.3). É proibida a analogia *in malam partem*.

A constituição determina no artigo 5º inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Cabe ressaltar neste ponto que a analogia e a retroatividade da lei penal podem ser admitidas para beneficiar o réu se a lei admitida for mais favorável. Ainda, os costumes podem ser admitidos *in bonam partem*, ou seja, podem excluir ou reduzir a pena. Isso significa dizer que o princípio da legalidade deve sempre possibilitar uma abertura aos horizontes de liberdade, nunca o inverso.

Conforme Roxin (1976, *apud* SANTOS, 2022, p.48),

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a **retroatividade** como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o **costume** como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a **analogia** como método de criminalização ou de punição de conduta, e (d) **indeterminação** dos tipos legais e das sanções penais (Grifo no original).

Para fins do presente estudo, as análises serão concentradas principalmente na Lei de Execução Penal 11.710 de 11 de julho de 1984. Lei específica, aplicável no processo de execução da pena, que tem por objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º). A partir da LEP, serão contextualizadas as interações com a Constituição Federal, a Resolução n. 412 do Conselho Nacional de Justiça e outras leis penais, na medida em que o tema se aprofunda em questões mais específicas.

O conceito de monitoração eletrônica, objeto de pesquisa do presente trabalho, será à definição trazida pelo art. 2º da Resolução n.5/2017,

Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas submetidas a medida cautelar, condenadas por sentença transitada em julgado ou em medidas protetivas de urgência, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.

O conceito abordado pela resolução, foi adotado para o presente trabalho com o objetivo de manter a discussão acerca do tema dentro do contexto da referida resolução.

### **1.1. Hipóteses legais de aplicação da medida de monitoração eletrônica de pessoas**

Nas lições de Marcão (2023, p. 12), a execução penal “é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve”. O autor ainda expõe que alguns doutrinadores defendem que a execução penal é de cunho predominantemente administrativo, aduzindo que submeter a execução ao Poder Judiciário retiraria a autonomia do Poder Executivo, pelo que outros doutrinadores defendem que a execução



penal é de natureza mista e complexa. O autor (2023) enfatiza, que embora haja divergência na doutrina, prevalece a atividade jurisdicional sobre a atividade administrativa, visto que vários princípios do processo penal devem ser observados, tais como contraditório, ampla defesa, legalidade, proporcionalidade, entre outros citados pelo autor.

A execução penal, portanto, é regida por lei específica, de natureza jurisdicional, e por princípios, que trazem garantias à pessoa do condenado, garantindo todos os direitos constitucionais aplicáveis aos homens livres. A execução penal não serve para satisfazer instintos individuais ou coletivos de vingança ou para promover a moralização dos condenados, como reconhece IBRAHIM ABI-ACKEL, então Ministro da Justiça, ao trazer na Exposição de Motivos, item 22, a fala de Kaufman:

A execução penal humanizada não põe em perigo a segurança e a ordem do Estado, mas muito pelo contrário. Enquanto a execução penal humanizada apoia a ordem e a segurança do Estado, a execução penal desumanizada ameaça precisamente a segurança do Estado (LEP, 1983)<sup>4</sup>.

Significa dizer que aplicar leis que humanizam o sistema carcerário não é o mesmo que colocar os encarcerados em um `spa´, ou fornecer-lhes recursos que muitos cidadãos em liberdade não têm, discurso amplamente difundido nas redes sociais por cidadãos incultos, preconceituosos e com instintos vingativos. O Estado precisa tornar as prisões mais humanas, apenas aplicando as leis. A não aplicação da lei pelo Estado traz resultados devastadores, amplamente vistos nas nossas prisões e fora delas, como a criação de leis paralelas pelas organizações ou facções criminosas, que impõem regras de conduta para os seus apadrinhados e apoiadores, não somente com o objetivo de colocar ordem nas prisões, mas também de criar meios de sobrevivência nestes locais onde o Estado não atua para efetivar as leis, recrutando mais pessoas para o submundo do crime. É exatamente neste ponto que a execução da pena de forma desumanizada traz insegurança para a toda sociedade.

De outro ponto, há um dever de omissão por parte do Estado em relação às sanções disciplinares, principal objeto deste estudo, sendo correto afirmar que o Estado deve se limitar à aplicação das leis já estabelecidas para aplicação de qualquer sanção disciplinar no âmbito da execução penal, ou seja, pressupõe a prévia existência em lei da correspondente falta disciplinar, pois “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar” (LEP, art. 45, caput). As faltas disciplinares, sejam graves, médias ou leves, são necessariamente definidas em lei (LEP, art. 49).

O princípio da legalidade deve ser aplicado de forma a impedir excessos ou desvios na execução das penas. O legislador se preocupou em limitar o poder do Estado-juiz para que penas injustas, desnecessárias e excessivas sejam aplicadas de acordo com a vontade (psique) do Juiz e, diga-se também, pela vontade da acusação, quando esta extrapola os limites legais para buscar uma punição mais severa ao acusado.

Segundo a exposição de motivos da Lei de Execução Penal, o princípio da legalidade é princípio reitor para que a execução da pena não restrinja ou retire outros

---

4. Traduzido pela autora do texto original: “La ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal”.



direitos fundamentais do apenado, seja pelo excesso ou por desvios na execução da pena.

Nesse ponto, segundo Calon (1958, *apud* Marcão, 2023, p. 12),

A partir do momento em que são reconhecidos os direitos do condenado, os mesmos direitos dos homens em liberdade, exceto aqueles perdidos ou restringidos pela pena, tais direitos devem ser respeitados, exigência que confere forte sentido de legalidade à execução penal<sup>5</sup>.

Nesse sentido, o objetivo da aplicação da existência da lei de execuções penais não é tão somente a prevenção dos delitos, mas o objetivo da lei também é propiciar condições para que a pessoa em cumprimento de pena possa alcançar novamente a integração social, em um país onde a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito.

## 1.2. O surgimento da monitoração eletrônica e suas bases legais

O monitoramento eletrônico surgiu nos Estados Unidos da América e foi aplicado pela primeira vez em 1983. O juiz de Albuquerque (Novo México-EUA) Jack Love testou o equipamento por três semanas, andando com o dispositivo unido ao seu tornozelo. Aprovou o que testou e persuadiu um perito em eletrônica chamado Michael Gross a projetar e manufaturar o dispositivo. Em 1988, haviam 2.300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos e, dez anos mais tarde, alcançava a marca de 95.000 (MORAIS *et al.*, 2014, P.56).

No Brasil, o monitoramento eletrônico foi instituído pela Lei n. 12.258/2010, que alterou e inseriu alguns dispositivos na LEP. Cabe registrar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) editou a Resolução n. 5/2017, que define a política de implantação de monitoração eletrônica. Na execução penal são duas hipóteses de cabimento: para pessoas beneficiadas com saídas temporárias no regime semiaberto (LEP, arts. 122 a 125); ou para pessoas que se encontram em prisão domiciliar (LEP, art. 117); em ambos os casos, o monitoramento eletrônico é medida cumulativa.

Outra importante fonte normativa que estabelece as diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento do monitoramento eletrônico é a Resolução n. 412 de 23 de agosto de 2021 do Conselho Nacional de Justiça. O artigo 3º da referida resolução traz hipóteses de aplicação de aplicação do monitoramento eletrônico como sendo:

I – medida cautelar diversa da prisão; II – saída temporária no regime semiaberto; III – saída antecipada do estabelecimento penal, cumulada ou não com prisão domiciliar; IV – prisão domiciliar de caráter cautelar; V – prisão domiciliar substitutiva do regime fechado, excepcionalmente, e do regime semiaberto; VI – medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica e familiar (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

A partir do momento que a pessoa é colocada em monitoramento eletrônico, ela deve cumprir as regras impostas pelo juiz e zelar pelo equipamento, não podendo violar, danificar, remover ou modificar o equipamento. Para Marcão (2023, p. 117), qualquer uma das práticas citadas se torna incompatível com a medida de monitoramento eletrônico,

5. Traduzido pela da autora do texto original: “Desde el momento en que se reconocen derechos al penado, los mismos derechos que a los hombres en libertad, salvo los perdidos o restringidos por la condena, tales derechos deben ser respetados, exigencia que da un fuerte sentido de juridicidad a la ejecución”.



nestes casos, a pessoa monitorada tenta furtar-se da vigilância a que foi submetida e, como consequência, sofrerá as sanções previstas por violação comprovada, apurada mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

As faltas disciplinares graves estão previstas no artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, inciso V, da LEP. O artigo 50 da LEP, apesar de ser um rol genérico, não permite interpretação extensiva para que se possa encaixar ou adequar outros atos de indisciplina, sob pena de ferir o princípio da legalidade. As faltas disciplinares relativas ao monitoramento eletrônico encontram-se regradas no art. 146-C da LEP. Com base neste rol específico, o juiz da execução deve fazer a ponderação entre necessidade e adequação ao caso concreto, sem excessos ou desvios, sempre respeitando o binômio necessidade e proporcionalidade.

Dito isso, é correto afirmar que há um sistema disciplinar específico para a monitoração eletrônica, devendo ser afastada a aplicação das disposições genéricas do art. 50, da LEP. Deste modo, quando o apenado estiver submetido à monitoração eletrônica, para o reconhecimento de falta grave e a imposição da drástica medida de regressão de regime, por exemplo, deve-se observar o rol taxativo do art. 146-C da LEP.

O parágrafo único do referido diploma legal detalha expressamente as consequências do descumprimento do monitoramento eletrônico, ou seja, é taxativo, compreendendo a regressão de regime, a revogação da saída e a revogação da prisão domiciliar, e a advertência por escrito, a revogação do livramento condicional e a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, sendo essas duas últimas inclusões trazidas pela Lei n. 14.843/2024. A Lei de Execução Penal é objetiva, inexistente sanção automática de regressão de regime ou revogação da prisão domiciliar, sendo imperiosa a análise pelo juízo da proporcionalidade da sanção disciplinar a ser imposta.

Há formas de descumprimento das condições de monitoração que apresentam menor gravidade, porque não impossibilitam a continuidade da fiscalização estatal. A grande maioria dos casos, por exemplo, decorrem da inobservância do perímetro de inclusão por curto período. Nesses casos, há mero descumprimento de condição, o que autoriza sanções diversas aplicadas a critério do juízo da execução penal.

Diante das informações trazidas, é inconteste que não é possível enquadrar qualquer descumprimento dos deveres previstos no monitoramento eletrônico, devendo ser levados em consideração fatores relevantes como a manutenção da monitoração eletrônica, o histórico disciplinar do apenado na direção de sua ressocialização e o respeito aos princípios que regem o monitoramento eletrônico na execução da pena.

Neste ponto, merece destaque o artigo 4º da Resolução n. 5 de 10 de novembro de 2017 do Conselho Nacional de Política criminal e penitenciária (CNPCCP), que dispõe sobre a política de implantação de monitoração eletrônica e dá outras providências, no qual há doze princípios que regem a aplicação e o acompanhamento do monitoramento eletrônico na execução penal. Dentre eles, merece destaque para fins do presente artigo o princípio da normalidade, que institui que as medidas ou condições do monitoramento que o juízo impõe à pessoa monitorada deve se ater à aplicação de regras mínimas e necessárias, ou seja, há novamente a adequação ao caso concreto, de forma que outros direitos tutelados não sejam suprimidos ou ainda, que essas condições/regras não ocasionem prejuízos à rotina da pessoa monitorada.

Nesta mesma linha, a Resolução n. 412/21 do CNJ nos remete ao princípio da lei ou da reserva legal, no qual o legislador reforçou que nenhuma medida de monitoração eletrônica poderá ser aplicada se não estiver prevista em lei, devendo ser aplicada



observando-se a necessidade e a adequação, para não agravar, exceder, ou restringir direitos da pessoa monitorada.

Outro princípio trazido pela Resolução n. 412/21 do CNJ, é o princípio da adequação social, que pressupõe que o monitoramento eletrônico deve se adaptar à vida do apenado, e não o inverso, sob pena de aplicação da lei *in malam partem*. Um exemplo prático deste princípio é a aplicação do monitoramento eletrônico para apenados em situação de rua. Notadamente, são pessoas que não têm endereço fixo, tampouco um ponto de energia para recarregar a tornozeleira, que necessita ser recarregada a cada 24 em condições normais de uso. Seria um excesso de execução exigir dessas pessoas o efetivo cumprimento das condições impostas. Sem a aplicação do princípio da adequação social, este tipo de medida pode se transformar em um verdadeiro suplício para o apenado, que sofrerá sanções disciplinares, sem que sequer tenha meios adequados para cumprir as condições impostas.

No mesmo sentido, importante salientar que segundo os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional e da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SISDEPEN, 2023), um número muito expressivo de apenados possui baixa escolaridade e, em muitos casos, sequer tem a necessária capacidade para compreender perfeitamente as determinações legais impostas pelo juiz como condições a serem cumpridas no âmbito da monitoração eletrônica.

## **2. DO RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Superada a breve explanação sobre a fundamentação legal aplicável à monitoração eletrônica, necessário contextualizar a fase do reconhecimento de falta grave, quando ocorre a violação das regras da monitoração eletrônica, ou seja, incidentes ou intercorrências registradas pela Unidade de Monitoramento Eletrônico (UME), órgão responsável pela fiscalização do sistema de monitoramento eletrônico. Em suma, caso seja registrado o incidente como violação, um procedimento deve ser instaurado para sua apuração conforme regulamento, assegurado o direito de defesa ao monitorado de acordo com o art. 59 da Lei de Execução Penal.

Ainda neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula n. 533 de 2015 é firme no sentido de aplicar o que está estabelecido em Lei, tal como:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. (BRASIL, 2015).

No caso do monitoramento eletrônico, não há a instauração de um Processo Administrativo Disciplinar (PAD), procedimento aplicável a apenados em cumprimento de pena em regime fechado. Nos casos de violação de monitoramento eletrônico, em síntese, o órgão acusatório é quem inicia o procedimento de apuração de falta grave quando há pedido de progressão de regime para o aberto ou retirada do equipamento, quando finda o tempo determinado pelo juízo da execução penal.

Em síntese, o órgão acusatório se manifesta nos autos (processo de execução) em relação ao pedido de progressão realizado pela defesa do apenado, ou mesmo quando não há pedido, para cumprir a lei. Tanto nos casos com pedido da defesa, ou sem pedido, o Ministério Público solicita à central de monitoramento que encaminhe aos autos as supostas violações em que o apenado tenha incorrido durante o cumprimento de pena.



Caso haja violações nos relatórios enviados pela central de monitoramento, o órgão acusatório solicita ao juízo da execução que intime o apenado para que este apresente as justificativas necessárias.

Após o prazo para prestação das justificativas, o juiz intima as partes para realização da audiência de justificação, na qual o apenado terá oportunidade de se defender das supostas violações. Algumas situações que ocorrem diuturnamente podem ensejar uma violação, enquanto outras podem ser apenas intercorrências, se devidamente tratadas conforme protocolo I da Resolução n. 412/21 do CNJ. A título exemplificativo, há situações graves como: rompimento da tornozeleira, envelopamento (cobertura do equipamento com papel alumínio) ou o término de bateria. Porém, há que se analisar se a conduta do monitorado foi praticada com dolo cometimento de efetiva falta grave, caso contrário será apenas uma intercorrência sanável tratada pela central de monitoramento.

Quando há a interrupção do monitoramento, nos casos descritos anteriormente, ocorre a quebra do monitoramento eletrônico (interrupção da vigilância pelo Estado). Quando a tornozeleira é rompida, a partir do momento do rompimento, o apenado passa a ser considerado em estado de fuga. Se o monitorado não entrar em contato com a central logo após o incidente para justificar e substituir o equipamento, cometerá uma falta grave.

Por outro lado, há intercorrências que, mesmo em um ato de rompimento da tornozeleira por acidente, não há ação com dolo de romper o equipamento, quando, por exemplo, a tornozeleira não mantém a carga por problemas do equipamento (tornozeleira ou carregador), são situações idênticas às situações exemplificadas anteriormente, porém são perfeitamente justificáveis, e conseqüentemente não são aptas a ensejar uma falta grave.

As condutas praticadas nas situações expostas, seja com dolo ou sem dolo, são situações que devem ser tratadas pela central de monitoramento. Somente com o cumprimento do protocolo I da Resolução n. 412/21 do CNJ será possível avaliar e definir se a intercorrência é ou não uma violação. Se comprovado o dolo, o apenado fatalmente incorrerá em falta grave e terá que arcar com as sanções mais severas. No entanto, nas situações em que a conduta é plenamente justificável, não há falta grave.

A problemática a ser discutida neste presente artigo está neste ponto, quando há ausência ou inobservância do procedimento disposto no protocolo I da Resolução n. 412/21 do CNJ, antes do registro de uma suposta falta grave. A resolução em questão estabelece que, quando o monitorado incorre em eventual descumprimento das condições determinadas em juízo, estes incidentes, também chamados de intercorrências, devem ser tratados gradativamente pela central de monitoramento. O órgão fiscalizador deve seguir o protocolo I, um procedimento a ser cumprido com etapas para solucionar o incidente, antes que essa intercorrência seja encaminhada para o Juízo das execuções penais.

De acordo com o protocolo I, os incidentes devem ser tratados à luz do princípio da intervenção penal mínima, visando assegurar a manutenção da medida nos termos em que é determinada judicialmente e respeitando, em todas as fases, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da proporcionalidade. Em outras palavras, os incidentes podem ser tratados sem que haja necessidade de serem submetidas a juízo e, somente se necessário, como última *ratio*, encaminhadas para o juízo da execução penal.

O legislador ainda previu que, além da necessidade de fiscalização, há a necessidade de acompanhamento individualizado da pessoa monitorada pelo órgão fiscalizador, respeitando principalmente o princípio da proporcionalidade ao avaliar os



incidentes ou intercorrências. Em muitos casos vivenciados, o que se observa é que a central de monitoramento envia ao órgão acusatório, a pedido deste, uma planilha com supostas violações ou incidentes não resolvidos sem que haja comprovação de observação do protocolo I da Resolução n. 412/21 do CNJ, o que demonstra que o processo de fiscalização está muito distante de atingir seu principal objetivo.

Quando a central de monitoramento deixa de cumprir o protocolo I, fere os princípios basilares da Constituição Federal, o contraditório e o devido processo legal, porque todas as chances do apenado se justificar foram suprimidas quando a violação foi registrada, sem que tenha sido apreciada pelo juízo da execução. As chances de reverter essas violações para meras intercorrências serão mínimas.

Além dos casos que poderiam ser tratados com intervenção mínima do juiz de execução, haverá, sem dúvidas, casos de descumprimento da medida de monitoração que são consideradas faltas graves. Nestes casos, todas as tentativas de sua regularização pela UME devem ter sido esgotadas. Embora seja comum o Ministério Público solicitar esse relatório para UME e encaminhar para o juízo manifestação com pedido do reconhecimento de falta grave com seus consectários legais e ilegais.

O órgão acusatório comumente requer em suas manifestações que sejam aplicadas as sanções que a que o legislador conferiu caráter jurisdicional, sendo elas: regressão de regime prisional, alteração da data-base e perda de 1/3 dos dias remidos. Porém, ainda de forma inaceitável, o *parquet* costuma requerer a interrupção de um dia para cada violação, sem fundamento na legislação vigente, ou seja, sem previsão legal para tal pedido.

## 2.1. Aplicação de falta disciplinar

De posse da comunicação de violação e da manifestação pelo reconhecimento de falta grave pelo órgão acusador, e antes de tomar qualquer decisão, o Juízo da execução penal intima as partes (réus/defesas) para que justifiquem as supostas violações. Caso a justificativa apresentada pelo monitorado não seja apta a justificar a violação, o juiz reconhece a falta disciplinar e atribui uma graduação dentro das possibilidades legais: manutenção da medida, sua substituição por outra mais adequada ou, em último caso, decretação da prisão.

A mencionada Resolução n. 412/21 do CNJ, atribui ao juízo a responsabilidade por fiscalizar se a central de monitoramento eletrônico está observando os procedimentos previstos. Conforme art. 11:

O juiz competente zelará para que o acompanhamento da medida por parte da central de monitoramento, no âmbito do poder executivo, observe os procedimentos previstos na Resolução CNJ nº 213/2015 e no protocolo anexo à presente resolução [...].

O que se observa é que a fiscalização não ocorre da forma estabelecida pela resolução. Nos casos vivenciados, todas as violações são encaminhadas ao juízo, mesmo as resolvidas (frisa-se que são raras). Qualquer forma de análise dos registros de violação, se não amparados pelo respeito aos dados coletados conforme o protocolo I da Resolução n. 412/21 do CNJ, resultará em violação do devido processo legal e ampla defesa.

Através das observações e análises até aqui expostas, pode-se afirmar que, quando a central de monitoramento age por conta própria, há grave violação do contraditório, não há confiabilidade nas informações colhidas, os dados são imprestáveis



para sustentar qualquer aplicação de sanção disciplinar. Sustentar uma aplicação de sanção, com base nas supostas violações informadas, principalmente de reconhecimento de falta grave, pressupõe uma violação de direitos do apenado sob monitoramento eletrônico.

Não fosse o suficiente, o juízo da execução defere o pedido fundamentando suas decisões com base nas decisões do Tribunal de Justiça Estadual, sob o crivo de que a supressão de 1 (um) dia pena de pena para cada violação encontra fundamento legal, como no extrato de um julgado de 2022 da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>6</sup>,

*RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE RECONHECEU A FALTA GRAVE DE EVASÃO, MAS DEIXOU DE DECLARAR COMO PENA INTERROMPIDA OS DIAS EM QUE HOUVE DESCUMPRIMENTO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA A DECLARAÇÃO DE INTERRUÇÃO NO CUMPRIMENTO DA PENA NA RAZÃO DE UM DIA PARA CADA REGISTRO DE VIOLAÇÃO AO MONITORAMENTO ELETRÔNICO. ACOLHIMENTO. APENADO QUE TEVE DEFERIDA A SAÍDA ANTECIPADA EM REGIME SEMIABERTO EM PRISÃO DOMICILIAR MEDIANTE MONITORAMENTO ELETRÔNICO, MAS, APÓS REITERADOS EVENTOS DE FIM DE BATERIA, TEVE SEU STATUS ALTERADO PARA "QUEBRA DE REGRAS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO" E, DIANTE DISSO, TEVE RECONHECIDA CONTRA SI A FALTA GRAVE DE EVASÃO. ART. 6º DA RESOLUÇÃO 412/2021 DO CNJ QUE DETERMINA QUE, NOS CASOS DE SAÍDA ANTECIPADA, APENAS SERÁ CONSIDERADO COMO PENA CUMPRIDA O PERÍODO EM QUE FOREM OBSERVADAS AS CONDIÇÕES IMPOSTAS PARA O MONITORAMENTO ELETRÔNICO. DIAS EM QUE HOUVE REGISTRO DE VIOLAÇÃO AO MONITORAMENTO ELETRÔNICO, ANTES DA MUDANÇA DE STATUS DO APENADO, QUE TAMBÉM DEVEM SER CONSIDERADOS COMO PENA NÃO CUMPRIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISUM REFORMADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 5039190-53.2022.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 15-12-2022). (Grifos da autora)*

Decisões baseadas apenas no intuito de punir ou forçar a construção de jurisprudência por uma omissão legislativa. Não há fundamentação legal para este tipo de sanção, que sequer analisou se houve o efetivo cumprimento do protocolo I, conforme explanado anteriormente. O entendimento pela ilegalidade deste tipo de sanção já vem sendo discutido nos tribunais superiores. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é desproporcional e ilegal a interrupção da pena para cada violação registrada, conforme entendimento do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator em julgado proferido em junho de 2023:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPUGNAÇÃO MINISTERIAL. MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM PRISÃO DOMICILIAR. 90 VIOLAÇÕES DA ÁREA DE INCLUSÃO. INTERRUÇÃO DE 1 DIA DE PENA A CADA VIOLAÇÃO. IRRAZOABILIDADE. APENADO JÁ PUNIDO COM A REGRESSÃO AO RÉGIME FECHADO, PERDA DE 1/5 DOS DIAS REMIDOS E INTERRUÇÃO DA DATA BASE. RECURSO IMPROVIDO. 1- Da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. **Assim, inexistente previsão legal de interrupção da pena na razão de 1 (um) dia para cada registro de violação ao monitoramento***

6. TJSC, Agravo de Execução Penal n. 5039190-53.2022.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 15 -12-2022.



**eletrônico.** 2- Da mesma forma, a jurisprudência caracteriza a violação da zona de vigilância como mera falta grave, [...] o Juiz da execução regrediu o agravado ao regime fechado, aplicou a perda de dias remidos na fração de 1/5, bem como alterou a data base para a data da recaptura. Portanto, se o recorrido já foi punido por 3 sanções, todas elas tendo como consequência o retardo no fim do cumprimento da pena, **parece mais que desarrazoável e desproporcional estabelecer como mais uma sanção a perda de 1 dia de pena a cada violação.** 5- Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 824.067/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 13/6/2023, DJe de 16/6/2023) (Grifo no original).

Evidente a desproporcionalidade na aplicação da sanção. Suprimir um dia de pena para cada violação, além de ilegal, caracteriza um verdadeiro *bis in idem*, pelo fato de o magistrado concomitantemente aplicar a perda de 1/3 de dias remidos, ou seja, se dias remidos são considerados como pena cumprida, então o apenado está sendo duplamente punido pelo mesmo fato.

Para elucidar a incongruência, suponha-se que o apenado tenha 100 violações por área de inclusão e 150 dias remidos por trabalho. Apresentadas as justificativas ao juízo, não consideradas aptas para justificar as violações (conforme entendimento atual do tribunal de Santa Catarina), este apenado incorrerá em falta grave e conseqüentemente perderá 50 dias (1/3 de 150) dos 150 remidos, mais a interrupção de 1 dia para cada violação (100 dias). Neste caso, há flagrante *bis in idem* na supressão de 50 dias, caracterizando a dupla punição.

Quando o juízo acata as violações informadas pela central de monitoramento e aplica a regressão de regime, por exemplo, o apenado poderá ter que retornar à prisão. Novamente será submetido às mazelas e infortúnios do sistema prisional por uma negligência do Estado que não cumpre as leis e pouco fiscaliza os entes estatais no seu cumprimento, permitindo a extrapolação dos limites éticos na execução da pena.

Ao apenado resta apenas entrar com recurso de agravo em execução penal, requerendo seus direitos amparados pela Constituição, e aguardar que o mesmo tribunal que reconhece a ilegalidade não reconheça o recurso da defesa, e, posteriormente, decida conforme pedido do Ministério Público em verdadeiro *bis in idem*.

Contudo, não se discute que a inobservância das condições estabelecidas para o monitoramento eletrônico pode constituir falta grave, tipificada no art. 50, inciso VI, c/c com os arts. 39, inciso V, e 146-C da LEP, especialmente quando o monitorado rompe à tornozeleira (ruptura do lacre) de forma dolosa, ou deixa de carregar o equipamento por longo período sem comunicar os motivos para central de monitoramento, o que impossibilita a continuidade da fiscalização estatal.

A questão analisada neste trabalho é a compreensão acerca da ilegalidade na aplicação de falta grave a ser avaliada caso a caso. Da análise realizada, pode-se afirmar que não é possível estabelecer uma equivalência entre um “rompimento de tornozeleira”, com uma “violação de área de inclusão”. Na primeira hipótese, há uma ocorrência grave que pode ser equivalente a uma fuga, porque o monitorado deixa de ser vigiado, ocorrência apta a ensejar uma falta grave. Na segunda hipótese, o apenado descumpra a medida imposta, mas se mantém em vigilância pelo Estado, conclui-se que são situações distintas que merecem tratamento diferenciado.

Embora o sistema de prisão domiciliar cumulada com monitoramento eletrônico pareça uma forma de prisão menos gravosa por não confinar a pessoa monitorada em uma cela insalubre e superlotada, ele acaba por ser igualmente opressor e desigual



quando tolhe direitos das pessoas monitoradas, tornando este tipo de vigilância tão penosa quanto a prisão física.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A necessidade do debate acerca do tema do presente artigo surgiu da experiência acadêmica desenvolvida em estágio na área criminal da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, a partir da constatação de ilegalidades na aplicação de sanções disciplinares a apenados em regime semiaberto cumulado com monitoramento eletrônico. Ao longo do estágio, pôde-se verificar que quase na totalidade das violações impostas aos apenados não havia o cumprimento dos procedimentos descritos na Resolução n. 412/21 do Conselho Nacional de Justiça pelos agentes da unidade de monitoramento eletrônico, e, conseqüentemente, havia aplicação de grave sanção não prevista em lei.

Trata-se de pesquisa com abordagem qualitativa. Para Mezarroba e Monteiro (2019), este tipo de pesquisa é a compreensão de informações de forma ampla, suas inter-relações, contextos, com dados quantitativos incorporados na análise, mas o que preponderará, será a análise aprofundada do objeto de estudo. A referida abordagem permite a formação do conhecimento, que não tem uma construção linear porque o conhecimento é construído através de reconstruções constantes nos conceitos existentes, ideias, e juízos anteriormente concebidos, de acordo com Mezarroba e Monteiro (2019).

Neste contexto, considerando julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, que apresentam incompatibilidade na interpretação da Lei de execução Penal, trazendo como exemplos casos envolvendo o tema.

A pesquisa do tipo bibliográfica, que compreende a análise de referências a respeito da legalidade aplicável ao Estado Democrático de Direito, em livros, leis vigentes e resoluções. O diálogo com a literatura e a revisão de bibliografia dá embasamento à análise na construção de hipóteses, e na formulação do problema objeto de pesquisa, de acordo com Henriques e Medeiros (2017).

O método também é dedutivo, quando o pesquisador parte de argumentos gerais para argumentos particulares, apresentando argumentos considerados vigentes e incontestáveis, para, logo após, obter conclusões irrefutáveis, que ficaram restritas única e exclusivamente às premissas estabelecidas, de forma a buscar a conexão das ideias e causas identificadas, para alcançar os efeitos acerca da ilegalidade na aplicação de graves sanções quando do cometimento de violação do monitoramento eletrônico.

A pesquisa é descritiva, que para Mezarroba e Monteiro (2023), é quando se pretende mostrar um diagnóstico do problema, visto pelo olhar do pesquisador, a fim de analisar rigorosamente e iluminar as discussões acerca do tema objeto de estudo.

Deste modo, as considerações e conclusões deste artigo são fundamentadas nas fontes consultadas e nas discussões teóricas apresentadas na literatura. A revisão bibliográfica permitiu uma compreensão aprofundada do tema e contribuiu para clarear e embasar as considerações e reflexões relevantes sobre a responsabilidade do juízo da execução penal acerca da fiscalização da unidade de monitoramento eletrônico e também na sua investidura com poder decisório de frear as ilegalidades sustentadas pelo órgão acusatório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS



O Estado, no papel do juiz de execução penal, deve assegurar que a lei seja cumprida. As leis referentes ao tema devem ser cumpridas primeiramente pelo Estado, e, após, aplicadas, respeitando-se os princípios da adequação e da necessidade, sobre a conduta da pessoa que viola uma regra do monitoramento eletrônico. Pessoas monitoradas são punidas ilegalmente diariamente, seja por imaturidade do sistema de monitoramento eletrônico ou pelo não cumprimento de procedimentos mínimos pelo Estado.

Quando o juiz Jack Love vislumbrou o uso de um equipamento de rastreamento para um pequeno salteador, inspirado nos quadrinhos de Stan Lee (*Spider-Man x King*), certamente não imaginara que, aproximadamente 50 anos depois, ainda haveria discussão sobre como aplicar esse meio de vigilância. É uma ironia da história, um criminoso de uma estória em quadrinhos ser fonte de inspiração para a criação de um bracelete com capacidade de vigiar o inimigo, o Homem-Aranha, para obter vantagem estratégica sobre ele.

Diante da precariedade do sistema prisional, é preciso refletir, é preciso ponderar, é preciso cumprir, é preciso efetivar o direito da pessoa monitorada, a fim de que o monitoramento eletrônico não se torne um peso além da pena ser cumprida, que não torne a pessoa monitorada um objeto com um microchip, a ser rastreado como se fosse um animal que deve ficar confinado em uma área de pastagem ou estábulo. O monitorado continua sendo um ser humano que tem necessidades iguais às das outras pessoas. A prisão não pode retirar da pessoa monitorada sua condição humana.

A monitoração eletrônica de pessoas é mais um recurso para ampliar o controle penal, e a violência institucional. Como lembram Rusche e Kirchheimer, a penologia ao tempo da Alemanha nazista buscou impor severas limitações ao 'sistema de favores' obtidos pelos prisioneiros, algo equivalente ao nosso sistema progressivo de regimes prisionais. Pelo regime nazista, foram sendo impostas exigências cada vez maiores para a progressão de regime, evidenciando um descontrole dos poderes discricionários da administração penal, com a retirada das garantias legais inerentes aos direitos subjetivos dos condenados (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 262-263).

Sem a pretensão de estabelecer uma conexão diacrônica com o período nazista, é forçoso reconhecer semelhante tendência no âmbito da execução penal brasileira, notadamente a partir da avaliação crítica dos precedentes dos Tribunais Superiores e locais.

O discurso que se prolifera na recente conjuntura da política brasileira, é o discurso da solução da violência com base no recrudescimento das penas e de uma atuação mais ostensiva pelas polícias. A Lei que alterou a LEP, Lei 14.843/2024, também chamada de lei Sargento PM Dias, em homenagem ao agente público morto por um apenado que estava em saída temporária, remete-nos a fazer críticas acerca da aplicação prática desta lei. O que se critica é, quantas leis deveriam ser efetivadas para defender a população preta, pobre e periférica da letalidade da polícia? Quantas pessoas são mortas diariamente e sequer são lembradas ou indenizadas pelo mesmo Estado que as mata? Por que a perda da vida de um agente policial gera comoção da sociedade mais abastada e a perda de vidas de pessoas periféricas não? Como se está sopesando o valor da vida e quais vidas importam? A biopolítica Foucaultiana (ARTIÈRES; BERT, 2014, p. 174), pode ser percebida dentro da legalidade deste país, que insiste em manter as aparências, e declarar em discursos rasos e odiosos que o problema da violência está sendo resolvido com penas mais rigorosas. O projeto não é de solução da violência, mas de ocultamento



da incompetência do Estado para resolver seus problemas estruturais, que remontam à era da escravidão desse povo que ainda é etiquetado, aprisionado e açoitado em praças públicas físicas e virtuais.

## REFERÊNCIAS

ARTIÈRES, Philippe; BERT, Jean-François; GROS, Frédéric; REVEL, Judith. **Michel Foucault**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 401 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao21/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao21/constituicao.htm). Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. CONSELHO nacional de justiça. **Resolução nº 412 de 23/08/2021**. Estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas. Disponível em: [atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4070](http://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4070). Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 5 de 10/11/2017**. Dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica e dá outras providências. Disponível em: [atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4070](http://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4070). Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Presidência da república. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2017/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017](http://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2017/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017). Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 12.258 de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm). Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 14.843 de 11 de abril de 2024**. Altera a Lei de Execução Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/lei/l14843.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14843.htm). Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. *Habeas corpus*. Falta Grave. Monitoramento eletrônico. AgRg no HC n. 824.067/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, 13 de junho de 2023. Disponível em: [processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=](http://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=)



202301661279&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 533**. 3ª Seção, 10/06/2015, DJe 15/06/2015. Disponível em: [scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=533](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=533). Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Presidência da república. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código penal**. Decreto Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado). Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da república. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n.º 678 de 11 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 53**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=3352>. Acesso em: 16 mar. 2024.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos estados americanos. **Comissão interamericana de direitos humanos**. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 01 out. 2023.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. Curitiba: Tirant lo blanch, 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 mar. 2024.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**: Garantismo na perspectiva no pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Editora Arraes editores, 2015.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João B; **Metodologia Científica da pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo, SP: Editora Atlas LTDA, 2017. 401 p.

MARCÃO, Renato Flavio. **Curso de execução penal**. 20.ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva. 2023.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia de pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2019. 360 p.

MEZZAROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 9. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2023. 85 p. MORAIS, Paulo Iász de, *et al.* **Monitoração eletrônica, probation e paradigmas penais**. 1.ed. São Paulo, SP: Editora Aclio, 2014. 435 p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Resolução nº 5, de 10 de



novembro de 2017. **Dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica e dá outras providências.** [www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2017/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017.pdf/view](http://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2017/resolucao-no-5-de-10-de-novembro-de-2017.pdf/view). Acesso em: 12 out. 2023.

MORAIS, Paulo Iász de, *et al.* **Monitoração eletrônica, probation e paradigmas penais.** 1.ed. São Paulo, SP: Editora Aclo, 2014. 435 p.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 262-263.

SANTA CATARINA. Tribunal de justiça. **Agravo de execução penal n. 5039190-53.2022.8.24.0038**, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 15 -12-2022.

SISDEPEN. Secretaria Nacional de Informações Penais. Relatório de informações penais. 2º semestre de 2023.

[www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf](http://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf). Acesso em: 15 mar. 2024.