

ISSN 2526-2114 (ONLINE)

Jurisvox



Revista Jurídica do Centro Universitário de
Patos de Minas

NÚMERO 21, DEZ. 2020

JURISVOX

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM | Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor

Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Henrique Carivaldo de Miranda Neto

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças

Renato Borges Fernandes

Coordenadora de Extensão

Adriana de Lanna Malta Tredezini

Diretora de Graduação

Maria Marta do Couto Pereira Rodrigues

Coordenador do Núcleo de Editoria e Publicações

Geovane Fernandes Caixeta

A Revista Jurisvox é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, destinado à publicação, por discentes e docentes, de artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do UNIPAM

J959 JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas [recurso eletrônico]. – Dados eletrônicos. – Vol. 1, n. 1 (ago. 1999)-. – Patos de Minas : UNIPAM, 1999-

Anual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Anual: 2016-
Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>
ISSN 1516-778X (impresso)
ISSN 2526-2114 (on-line)

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências jurídicas I. Centro
Universitário de Patos Minas. II. Título.

CDD 340.5

Centro Universitário de Patos de Minas
Rua Major Gote, 808 – Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil
Telefax: (34) 3823-0300 web: www.unipam.edu.br
NEP | Núcleo de Editoria e Publicações
Telefone: (34) 3823-0341
<http://nep.unipam.edu.br>

JURISVOX

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 2526-2114

Número 21/dez. de 2020

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, n. 21: 1-239



Centro Universitário de Patos de Minas



Núcleo de Editoria e Publicações

Jurisvox © Revista do Centro Universitário de Patos de Minas
<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox>
e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)

Conselho Editorial Interno

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães (UNIPAM)
Guilherme Caixeta Borges (UNIPAM)
Joamar Gomes Vieira Nunes (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Sabrina Nunes Borges (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho Consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão e Diagramação

Núcleo de Editoria e Publicações

Sumário

A aceitação das provas ilícitas por derivação no Processo Penal correlacionadas à Teoria da Proporcionalidade.....	08
Marcos Antônio Ribeiro Silva Denilson José Martins	
A contribuição feminista para o processo de (re)democratização no Brasil e o papel do STF na construção de uma perspectiva de gênero na jurisprudência.....	27
Francielle Gonçalves Pereira	
A Democracia Militante como instrumento de preservação e fortalecimento do regime democrático.....	46
Paulo Miguel Lima Reis Murillo Ricardo Silva Canella	
A eficácia dos Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica na aplicação do Sistema de Precedentes Judiciais.....	60
Alexandre Máximo Oliveira Rômulo Miranda Ribeiro	
A influência das plataformas digitais na democracia mundial e o problema das <i>fake news</i>.....	74
Arthur Pinheiro Basan Gabriel Oliveira de Aguiar Borges Adriano Fernandes Faria	
A Teoria do Terceiro Cúmplice e a responsabilização do terceiro pela quebra contratual.....	91
Taís Marques de Sousa Morisa Martins Jajah	
<i>Antígona</i>: como a tragédia grega ajuda a compreender o direito à memória.....	111
Thatiane Cristina de Oliveira Gonçalves Helen Corrêa Solis Neves	
Equideocultura legal e regulamentação jurídica do agronegócio do cavalo: Projeto de Lei nº 254/2014 – avanços e retrocessos.....	130
Laura Cristina da Silva Meireles Itamar José Fernandes	

Execução antecipada da pena aplicada pelo Conselho de Sentença à luz do princípio da presunção de inocência e da soberania dos veredictos..... 152

João Vitor Ferreira Caixeta

Gilmar Batista Silva

O encarceramento das transgêneros: um debate constitucional acerca da proteção e tratamento das mulheres trans e travestis nos ambientes prisionais..... 181

Victor Silva Garcia Soares

O juiz das garantias e a (im)possibilidade de os autos da investigação criminal acompanharem a peça acusatória..... 204

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Gustavo Henrique Rodrigues Paranhos

O Princípio da Ampla Defesa na construção do Processo Administrativo Disciplinar..... 220

João Vitor Oliveira Alves

Samir Vaz Vieira Rocha

A aceitação das provas ilícitas por derivação no Processo Penal correlacionadas à Teoria da Proporcionalidade

Acceptance of illegal tests by derivation in the criminal process related to the Theory of Proportionality

Marcos Antônio Ribeiro Silva

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: marcosribeirodir@hotmail.com

Denilson José Martins

Mestre em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFMG) e Presidente da AAC – Associação dos Advogados Criminalistas de Patos de Minas e Região e delegado da Abracrim – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas na Região do Alto Paranaíba e Noroeste de Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFMG). Professor orientador.

E-mail: denilson@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho buscou analisar os preceitos jurídicos que coadunam com a admissibilidade das provas ilícitas como elementos de prova, partindo-se dos estudos jurisprudenciais e doutrinários, o que representa enorme importância do ponto de vista processualístico. Dessa forma, para o direito à produção de prova e essencial para a formação do convencimento do juiz, alude-se à necessária dicotomização existente acerca da prova produzida com observância aos preceitos legais e à ilícita, que se configura como contraponto à legalidade. Buscou-se, assim, a clareza em quais hipóteses a prova ilícita poderá perdurar no plano da eficácia processual quando levada ao filtro da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Garantia de Direitos Fundamentais. Processo Penal. Prova Ilícita. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Abstract: This paper sought to analyze the legal precepts that are consistent with the admissibility of illicit evidence as confirmation, starting from jurisprudential and doctrinal studies, which represents enormous importance from a procedural point of view. Thus, for the right to produce evidence and essential for the formation of the judge's conviction, the necessary dichotomization about the evidence produced in compliance with legal and illicit precepts, which is configured as a counterpoint to legality, is referred to. Thus, it was sought the clarity in which hypotheses the illicit proof may last in terms of procedural effectiveness when taken to the proportionality filter.

Keywords: Guarantee of Fundamental Rights. Criminal Process. Illicit Evidences. Fruits of the Poisoned Tree Theory.

1 Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 estabelece inúmeros direitos que visam garantir a atuação de prerrogativas fundamentais dos indivíduos, sendo atribuído ao Estado atuar em face da observância dos preceitos constitucionais, bem como na limitação à interferência na esfera individual dos cidadãos.

O art. 5º da Carta Magna compactua com um dos principais preceitos idealizadores no tocante aos direitos individuais, de forma a garantir a igualdade dos sujeitos, independentemente se forem brasileiros ou estrangeiros.

Não obstante, notadamente ao inciso LVI do art. 5º, ainda na Constituição, há abrangência à vedação de provas ilícitas no tocante ao processo penal, outorgando o entendimento de que o carreamento desse tipo de prova enseja em face dela a obrigatoriedade de desentranhamento, exclusão ou retirada.

Em sentido uníssono, o Código de Processo Penal, apesar de ser introduzido no ordenamento jurídico em um sistema à época dotado de inquisitividade, foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal.

Assim, com a reforma do escopo processual legal em 2008, a Lei nº 11.690/08 introduziu o art. 157, que trata especificadamente da inadmissibilidade das provas ilícitas. Nesse sentido, a reforma trouxe conceito no tocante às ilicitudes que permeiam a produção das provas.

Não por outro motivo, conforme o entendimento trazido conjuntamente com a reforma processual, há necessária dicotomização acerca das provas em espécie, mais notadamente no que se refere à ilícita e à ilegítima.

Desta feita, a regra de vedação às provas em desacordo com o rito legal também comporta exceções, o que traz o ensejo de um estudo detalhado, a fim de que fique demonstrado o quê, quais são e de que modo as provas ilícitas poderão ser utilizadas no processo penal com base na teoria da proporcionalidade.

Dessa forma, com uso do método dedutivo e com auxílio de doutrinas atinentes ao tema, a Constituição Federal, leis infraconstitucionais, bem como decisões e jurisprudências imperativas dos tribunais, aprofundar-se-á no tema, a fim de cumprir as questões que ora foram apresentadas.

O presente artigo foi dividido em seis capítulos, quais sejam: capítulo um, que tratou das considerações iniciais referentes ao tema a ser estudado; capítulo dois, que tratará continuamente da conceituação do instituto das provas, introduzindo e conceituando “provas” capítulo três, que abordará o entendimento das provas ilícitas anteriormente à Constituição Federal, com sequência na teoria dos frutos da árvore envenenada, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico contemporâneo e, por fim, o entendimento acerca das provas ilícitas derivadas; capítulo quatro, que comportará a denominação presente como exceções à vedação das provas ilícitas, abordando a teoria da proporcionalidade e as vertentes de admissibilidade presentes no direito comparado, tais como a fonte independente de provas, descoberta inevitável, contaminação expurgada limitação da boa-fé; capítulo cinco, que tratará, de modo geral, do caso envolvendo as conversas obtidas por meios ilícitos dos telefones de Dallagnol e Moro, no caso Lula; e, finalmente as considerações

finals, as quais se remeterão ao tema concluso, bem como à decisão sobre a aceitabilidade das provas ilícitas como meio de obtenção de decisão em processo penal.

2 Provas

O processo penal é o meio pelo qual tanto o acusado quanto o acusador buscam efetividade em suas alegações. Uma sentença pode acolher ou não o que for carreado ao processo como elemento probatório.

Nesse sentido, todo o curso processual deve ser parametrizado aos princípios do contraditório e do devido processo legal, que trazem efetivo enfrentamento das provas no processo penal, propiciando um debate tangente entre acusador e réu, a fim de que possam corroborar a construção do processo e consigam atribuir todas as alegações necessárias à comprovação de suas versões do fato.

Todo o acervo probatório atribuído aos autos possui o condão de convencer minimamente o magistrado, providenciando a atribuição da dúvida no tocante à real necessidade de imputação de pena ao acusado. Dessa forma, é interessante ressaltar que as provas bem produzidas trazem uma visão mais abrangente do caso, possibilitam ao magistrado a análise de forma criteriosa e o impulsionam à construção dos momentos que antecederam a execução do ilícito. É por essa razão que a prova de forma intrínseca

[...] objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a “verdade” do que se alega, na busca de um provimento judicial favorável. (ALENCAR; TÁVORA, 2017, p. 648)

Nessa perspectiva é que há preponderância no instituto das provas, pois possibilitam indubitavelmente um meio para que o processo penal ocorra de maneira efetiva, de forma a contribuir tanto para a comprovação da inocência quanto para a comprovação de culpa do acusado. Assim, cumpre salientar que o direito à construção de provas no processo penal é meio de defesa efetivamente determinado pelo princípio do contraditório, art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Conforme Lima (2019, p. 55),

Por força do princípio ora em análise, a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para a busca da verdade. (LIMA, 2019, p. 55)

Nesse sentido, entende-se prova como o intuito de produção no âmbito processual penal de balizas defensivas ou acusatórias que emanam diferentes objetivos, podendo pairar tanto na vontade de condenação de certo sujeito ao cometimento de um crime quanto à absolvição deste.

É necessário evidenciar como regra geral que o ônus da prova cabe ao acusador, como uma premissa processual que paira no rito. Assim, conforme o art. 156 do CPP, quem acusa deve carrear nos autos do processo todas as informações obtidas durante a fase investigativa e as consignadas processualmente, a fim de que se objetive comprovar os indícios de autoria e materialidade imputados ao acusado.

Não por outro motivo, a parte contrária consubstanciar-se-á das alegações para a construção de defesa efetiva, a fim de que impugne ponto a ponto o alegado pelo polo ativo do processo. Assim, Alencar e Távora (2019, p. 648) determinam: “A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição”.

É por essa razão que o art. 155 do CPP traz entendimento de que a decisão do magistrado não deve pairar somente em elementos de prova colhidos durante a investigação criminal, devendo haver um contexto em que corrobore a análise de provas e sua devida aceitabilidade de forma fundamentada, conforme preceitua o art. 93, IX, da CF/88.

3 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e a Derivação das Provas Ilícitas

Em consideração aos entendimentos acerca da teoria das provas, denote-se a relação que há entre uma prova considerada ilícita e as que dela derivam. O efeito prático é levado ao entendimento de que as derivadas também são consideradas ilícitas, evidenciando sua inutilização e conseqüente desentranhamento das provas no processo penal.

Nesse sentido, há que relacionar a teoria dos frutos da árvore envenenada, resultada de um precedente judicial americano em que a Suprema Corte Americana decidiu diante do caso *Silverthorne Lumber CO v. US*, no ano de 1920, concluindo pelo entendimento no qual as provas dependentes de uma ilícita são também contaminadas, e assim não devem ser utilizadas no esboço do arranjo processual penal. Assim, se o tronco (prova originária) está envenenado, os frutos da árvore também estarão (provas derivadas daquela).

Assim, com os ensinamentos de Lima (2019, p. 647), a teoria dos frutos da árvore envenenada marcou a adesão do entendimento acerca das provas derivadas. Ainda que a teoria tenha sido abrangente no caso citado, há que ressaltar que somente no ano de 1966, com o caso *Miranda v. Arizona*, é que a jurisprudência adotou de forma específica, do qual a Corte Americana decidiu também pela vedação e desentranhamento das provas que forem obtidas a partir de uma ilícita.

Contudo, no Brasil, a teoria debatida amplamente nos tribunais só foi elencada no ordenamento jurídico com a reforma processual penal de 2008, momento em que os

A ACEITAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL CORRELACIONADAS À TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

legisladores acrescentaram o art. 157, §1º ao diploma processual, além de inovarem com exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Paralelamente, antes mesmo que fosse adotado o entendimento legislativo, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre o tema no HC nº 69.912/RS, em que apreciou veementemente a teoria dos frutos da árvore envenenada. Assim, entendeu-se pela inutilização das provas ilícitas que foram produzidas em deflagração de interceptação telefônica e em desatendimento aos pressupostos legais da medida, o que marcou a jurisprudência nacional no tocante às provas derivadas. Dessa forma, passou-se a adotar conceitualmente pela inadmissibilidade das provas em apreço, corroborando um conhecimento contundente acerca da efetividade do *due process of law*, em que as provas obtidas de maneira ilegal devem ser banidas do processo, ainda que derivadas.

Nesse mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal enfatizou recentemente a teoria em questão – determinação propiciada pelo relatório do Ministro Alexandre de Moraes, que afirmou em razão da compatibilização da jurisprudência colacionada anteriormente. Tal relatório foi registrado acerca de agravo em habeas corpus:

Nessa mesma linha de raciocínio, reconhecendo a autonomia e independência das provas, já tive a oportunidade de registrar que as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro Eros Grau, ‘arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 156.157 – Paraná. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 19/11/2018)

Em suma, há clara adoção da teoria em questão por parte dos Tribunais Superiores; vários julgamentos relevantes apreciam entendimentos uníssomos acerca do entendimento. De modo geral, a regra da vedação das provas derivadas das ilícitas tem o condão de remontar um processo penal; se utilizado deverá ser desentranhado, anulando parte do processo até o momento em que não haja resquícios de utilização da prova ilícita, a fim de não causar prejuízo ao acusado.

Concernente à derivação das provas ilícitas, insta destacar a interpretação acerca do entendimento predominante. Embora a Constituição Federal assevere somente com relação às provas ilícitas, não mencionando diretamente a tratativa das provas por derivação, o Código de Processo Penal veda expressamente sua utilização na primeira parte do §1º do art. 157.

A reforma processual possibilitou utilização do entendimento que, ocorrido o reconhecimento da ilicitude de dada prova, haverá também a ilicitude daquelas provas consequenciais, ou seja, provas produzidas a partir da ilícita.

Por conseguinte, em âmbito processual, a prova derivada também é conduzida à ilicitude, ocorrendo a partir daí a vedação à utilização e juntada nos autos processuais, bem como deverá ocorrer o desentranhamento se for determinada sua ilicitude após o carreamento no processo.

É interessante compactuar que, anteriormente à reforma processual de 2008 (Lei. nº 11.690/08), a jurisprudência se valia do art. 573, §1º, do diploma em estudo, para dar ensejo ao tratamento relativo às provas em questão. Ocorre que dado artigo trata da nulidade de atos processuais, não possibilitando entendimento direto do tratamento da produção das provas, o que foi apropriadamente oportunizado pela reforma.

3.1 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A Constituição Federal assegura o princípio à vedação das provas ilícitas, art. 5º, LVI. Frise-se que denominado princípio decorre da finalidade de proteção dos direitos fundamentais, tais como a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF), inviolabilidade do sigilo telefônico (art. 5º, XII, da CF).

O direito à produção de uma prova capaz de dar aval à condenação de um indivíduo enfrenta uma plena limitação, não se tratando de direito absoluto, assim como outros presentes no ordenamento jurídico.

Desse modo, se a regra não fosse imposta, haveria usurpação de direitos, incorrendo justificativas presentes na produção de uma prova ilícita obtida por meio de uma tortura ou mesmo uma prova ilícita obtida por uma interceptação telefônica sem autorização judicial, por exemplo.

Em seara infraconstitucional, o diploma processual trata da prova que for denominada ilícita, havendo a garantia de sua exclusão do processo, a fim de não beneficiar a acusação em face das garantias constitucionalmente atribuídas ao acusado, art. 157, do CPP.

Não por outro motivo, a *exclusionary rule* é a regra com a qual o ordenamento jurídico brasileiro compactua. Todavia, por se tratar de um procedimento complexo, a caracterização da prova ilícita enseja questões importantes. Razão pela qual o magistrado é sempre provocado pelas partes, acusação e defesa, para que aprecie as provas produzidas.

Mesmo em se tratando de uma prova que em seu bojo haja ilicitude, a constatação necessitará de uma análise pelo magistrado, que determinará acerca do aproveitamento ou não da prova. De modo paralelo, entende-se que “O escopo maior (e mais enfático) da regra da inadmissibilidade da prova ilícita consiste, como se vê, em impedir não só o ingresso jurídico da prova no processo, senão sobretudo sua própria introdução material ou física nos autos.” (GOMES, 2012, p. 474-484).

Convém mencionar que, apesar do tratamento constitucional ter sido feito objetivamente com a promulgação da Constituição de 1988, a expressão presente no inciso LVI, do art. 5º, só se refere às provas ilícitas. Não obstante, tornou-se vago o

entendimento, o que coube ao legislador tratar em matéria infraconstitucional da dicotomia existente entre provas ilícitas e ilegítimas, essas também presentes nos processos judiciais, como é evidente no art. 127 do CPP.

Há entendimento doutrinário referente ao assunto que trata da apreciação da Constituição dada às provas em estudo, sendo que a razão da garantia lá presente torna o entendimento como sendo

[...] uma norma geral, que simplesmente menciona “processo”, sem fazer qualquer distinção entre processo civil e penal, exigindo assim uma interpretação adequada à especificidade do processo penal e às exigências das demais normas constitucionais que o disciplinam. (LOPES JR., 2019, p. 393)

Assim, entende-se que prova ilícita é aquela obtida mediante a violação e transgressão de uma norma material, em que a característica aparente desse tipo de prova é o desacordo ocasionado em face de determinada lei, o que implica uma devida vedação à inserção nos autos processuais, ao passo que, se produzida, deverá ser desentranhada, assim é o que se depõe conforme entendimento sobre a prova ilícita que

[...] estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual –, porém, essa investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2019, p. 757)

Destaque-se que as ilicitudes podem versar sobre afronta direta ou indireta da Constituição. O afrontamento direto ocorre nos casos em que não há observância da norma expressa da Carta Magna, ao passo que a afronta indireta fica evidente quando a ação decorre de inobservância de norma infraconstitucional, sendo ambas capazes de impulsionar a ilicitude da prova produzida.

Noutro sentido, a prova ilegítima é conceituada como o desacordo aos requisitos processuais elencados nos diplomas propriamente ditos – código de processo penal –, sendo que o ato poderá ser repetido, a fim de que o vício seja corrigido e aduza ao pleno andamento do procedimento ordinário, o que possibilita o aproveitamento da prova produzida. Consubstancialmente no que tange ao quesito das provas, cumpre avaliar o entendimento acerca da doutrina ao corroborar distinção entre provas ilícitas e ilegítimas:

[...] o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material, v. g., a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, v. g., a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu). (NUCCI, 2016, p. 86)

Por conseguinte, valendo-se dos entendimentos de LOPES JR. (2019, p. 395), a rigor do que é denominado por provas ilícitas e provas ilegítimas, é relevante que haja ponderação no que se refere à possibilidade de repetição e inserção das provas ilícitas aos autos processuais.

É interessante evidenciar ainda que a construção da vedação às provas ilícitas foi devidamente efetiva, ao passo que anteriormente à Constituição Federal de 1988 havia entendimentos contraditórios ao preceito contemporâneo. Ainda assim, importante é a posição declarada por Antonio Magalhães Gomes Filho (2010, p.2), a partir de estudos produzidos por Ricardo Cintra Torres de Carvalho, concluindo que vigorava no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da veracidade da prova, cujo objeto de efetividade versava acerca do conteúdo probatório, bem como do condão de comprovação dos acontecimentos.

Por fim, com a estruturação do princípio da vedação e os entendimentos acerca das provas ilícitas, há que ressaltar, pela regra de vedação, que não poderão ser produzidas nem juntadas aos autos, pois os fatos caracterizadores da ilicitude não possibilitam a repetição, encontrando-se em momento externo à produção, garantindo assim o devido processo legal sem prejuízo ao réu. Todavia, no tocante às provas ilegítimas, a vedação também é evidente, mas, como a ilegitimidade ocorre em matéria processual, o procedimento poderá ser sanado, havendo a possibilidade de reiteração do ato, a fim de dar aproveitamento e andamento adequado ao rito processual.

4 Teoria da Proporcionalidade e a Prova Ilícita

A Teoria da Proporcionalidade teve seu marco teórico inicial datado de 1958, na Alemanha, em período depois da segunda guerra mundial. É interessante evidenciar o caso em apreço, pois, a partir dele, várias influências constitucionais foram possibilitadas, a fim de conferir a busca pela solução de conflitos entre normas. Nesse sentido, à época não havia um entendimento correlato, o que resultou no estudo acerca do caso concreto derivando no devido julgamento.

Não obstante, em síntese, a decisão do Tribunal Constitucional confirmou o que se entende hoje por ponderação de direitos, resultado do conflito entre dois particulares em questão, de um lado *Veit Harlan*, diretor do filme “O judeu *Süss*”, idealizado por Joseph Goebbels, ex-ministro da propaganda no período nazista, filme usado para influenciar os alemães a se voluntariarem, sendo duramente criticado e levado a rechaça, boicote, a fim de não ser apresentado nos cinemas alemães, em razão do cunho imoral que apresentava. Nesse sentido, denominado boicote teve como patrocinador *Erich Lüth*, presidente do clube de imprensa na cidade de Hamburgo, que criticava duramente a transmissão do filme.

O que ocorreu foi a legítima aversão de *Lüth* e vários outros alemães pelo filme, opondo-se expressamente nos meios sociais da época, o que resultou em um processo para que tal medida fosse considerada ilegal e ocorresse a transmissão do filme nos cinemas, o que em primeiras instâncias resultou na condenação do presidente. Todavia, com a chegada do processo ao Tribunal Constitucional, movido por meio de recurso, foi dado o entendimento no sentido de ser legítima a aversão de *Lüth*, confirmando que a

liberdade de expressão e os casos particulares devem ser observados e analisados por meio das normas constitucionais. Dessa forma, deu-se início ao neoconstitucionalismo, bem como aos estudos acerca da ponderação de direitos e sua interpretação.

Partindo dessa premissa, no que tange ao processo penal, deve se levar em consideração a verificação das excludentes, doravante denominadas como teses de admissibilidade das provas ilícitas.

Assim, trata-se de uma abordagem precisamente vinculada à teoria da proporcionalidade. Dessa forma, o entendimento das normas é essencial para levar ao entendimento acerca dos princípios e regras.

Por conseguinte, regras e princípios são normas que não detêm hierarquia. Assim, cabe às regras a especificação de determinada conduta e o que sua ação determina, sendo em regra prevista no texto legal, ao passo que os princípios são utilizados como um caminho a se valer com base para a interpretação de determinados casos concretos e a solução de determinado conflito. É dessa forma que

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2008, p. 87)

Mormente ao sentido traduzido, há que ressaltar o entendimento concernente aos critérios vinculativos à proporcionalidade, levando em consideração a tratativa de Canotilho (1993, p. 190), que traduz a dicotomia entre regras e princípios em graus. Denote-se que, das principais diferenças entre regras e princípios, consubstancia-se em relação à abstração, que haverá maior incidência no tocante aos princípios que às regras, bem como ao que tange à determinabilidade; será mais fácil a aplicação das regras ao caso concreto, o que não acontece no tocante aos princípios, pois necessitam de uma interpretação extensiva para que seja factível sua utilização em dado caso concreto.

Conforme disposto no estudo, regras são menos abrangentes, pois são determinadas a casos específicos, ao passo que princípios são gerais, o que consequentemente regulam maiores casos e podem ser aplicados a um número maior de condutas. Ainda assim, a maximização da dicotomia das normas se dá:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. 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, 2008, p. 90)

Contudo, passa-se à análise da Teoria da Proporcionalidade. Em um conflito entre normas aparentes, deve haver respaldo em três requisitos que efetivam a solução de impasses no que tange a conflitos existentes entre princípios e regras.

O primeiro requisito firmado é a adequação. Deve haver demonstração de um meio adequado à consecução dos objetivos almejados, ou seja, a adequação exige que, em um conflito aparente, haja a escolha do meio mais eficiente e capaz de compactuar o objetivo final, qual seja a prevalência do princípio ou regra.

O segundo requisito faz valer o entendimento acerca da necessidade da medida. Faz-se necessária observação à escolha do meio que menos onere no caso concreto.

Por fim, o último requisito traz à tona o entendimento acerca da proporcionalidade. Em sentido estrito, nada mais é do que uma “[...] rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.” (MENDES, 2015, p. 227), ou seja, haverá a escolha que mais se adequa ao caso concreto, de forma menos onerosa possível e que seja equilibrado ao final, a fim de que se torne eficaz a opção por um princípio ou regra ao caso concreto.

Ainda em relação ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, entende-se que “a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima.” (BARROSO, 2018, p.158).

4.1 Pro Reo (*Prova ilícita em favor do réu*)

Inicialmente, tendo em vista a vedação às provas ilícitas com relação à sua valoração como critério de convencimento do juiz, frise-se que se trata de uma exceção ao sistema do livre convencimento do magistrado, nos termos do art. 155, do CPP. Há também que ressaltar a exceção que tem espaço para produção de efeitos no campo jurídico. Assim, em casos concretos, há flexível aceitação de provas ilícitas.

Não obstante, diante da perspectiva da Teoria da Proporcionalidade, quando ensejada a necessidade de ponderação entre princípios e regras, caberá ao magistrado definir qual norma prevalecerá em cada caso.

Frise-se que uma prova considerada ilícita poderá ser aproveitada no processo, para assim promover um arcabouço probatório efetivo, o que possibilita um rol amplo de possibilidades na tratativa da inocência do réu. Nesses termos é que a doutrina afirma:

[...] Aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa também tem garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, em que impera o princípio do *favor rei*, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência. (AVOLIO, 2019, p. 71)

Cumprido ressaltar que, conforme exposto no tratamento das normas, em determinado caso concreto o juiz poderá fazer utilização da proporcionalidade, a fim de julgar pelo meio mais efetivo diante de determinado fato.

Assim, apesar de a doutrina tratar efetivamente da inadmissibilidade das provas ilícitas, há vertentes que tratam de forma contundente do devido aproveitamento no processo penal, desde que levadas ao fulcro da proporcionalidade, conforme consta nos ensinamentos contundentes acerca do tema:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em caso de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (FERNANDES *et al.*, 2001, p. 136)

É interessante evidenciar que o entendimento de Fernandes *et al.* (2001, p. 137), também correlato aos estudos da prova ilícita *pro reo*, quando esta for diretamente produzida pelo acusado como medida de legítima defesa, implica, em tese, a exclusão da tipicidade da conduta. Todavia, tal entendimento deve ser levado em consideração ao caso concreto, pois não poderá haver a atipicidade da conduta se motivada pela comprovação de inocência de outro crime. Assim, os atos procedimentais devem ser analisados caso a caso.

4.2 Independent Source (*Fonte independente*)

Outra exceção à vedação das provas derivadas das ilícitas encontra respaldo na decisão proferida no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, momento no qual a Corte Americana determinou a admissibilidade das provas ilícitas que tiverem a comprovação da caracterização de independência em face de uma prova ilícita aparentemente conexa.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a determinação da fonte independente, razão pela qual o §1º do art. 157, do Código de Processo Penal trata expressamente do entendimento. Insta evidenciar que essa previsão foi positivada após a reforma processual de 2008, sendo que, ainda antes disso, o entendimento era correlato aos tribunais nacionais, mormente ao que tange ao Supremo Tribunal Federal, que aduz ao entendimento desde o ano de 2004, v. g. HC nº 83.921.

Assim, para que seja considerada independente, a prova deve ser obtida por meios diversos daqueles que possibilitaram a produção da prova ilícita, ou seja, a prova admitida não deve conter relação com a prova ilícita, a fim de demonstrar que não há dependência nenhuma com a matriz ilícita.

4.3 Inevitable Discovery (*Descoberta inevitável*)

Noutro sentido, entendimento doutrinário relevante para os estudos das provas é a denominada descoberta inevitável, que leva a ensejo um paralelo contextual no que se refere à produção de uma prova ilícita, da qual outras provas podem ser produzidas.

Por conseguinte, a admissibilidade de uma prova que não tem sua aferição à ilegalidade, mas sim do ponto de vista legal, possibilita a produção de efeitos em processo penal. Dessa forma, entende-se por descoberta inevitável aquela prova que, ainda que derivada da ilícita, tem o condão de produzir efeitos em razão da notória possibilidade de descoberta, independentemente da produção da prova ilícita, pois, em razão do procedimento investigatório ou instrutório, haveria a busca e descoberta da prova em questão, assim, nesse sentido,

Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações (OLIVEIRA, 2018, p. 296)

É recorrente dizer que a teoria em questão inibe a ilicitude, que, em regra, é transmitida de uma prova ilícita para outra derivada desta, trazendo contorno para que a prova produzida possa consubstanciar efeitos processuais.

Importa fazer observância sobre o que se entende por tal disciplina. Assim, é interessante evidenciar que o diploma processual abarca uma nomenclatura que não é a correta, pois o § 2º do art. 157 compreende o conceito como fonte independente, o que em sentido interpretativo aborda descoberta inevitável, traduzindo meios que não se confundem.

A fim de dar aproveitamento de provas no rito processual, as figuras se diferenciam no tocante ao meio empregado, sendo que, enquanto na prova com fonte independente de uma ilícita, não deve haver nexos de causalidade; por outro lado, na descoberta inevitável tal critério poderá até ocorrer, não implicando a inutilização da prova produzida, pois sua manifestação ocorreria independentemente da produção anterior de uma prova obtida pelos meios ilícitos.

4.4 Purgent Taint (*Contaminação expurgada*)

A Teoria da Contaminação Expurgada ou também conhecida como tinta diluída refere-se a uma prova que inicialmente é produzida de forma ilícita, mas, em momento posterior, poderá ser aproveitada no processo em razão de um fato que expurga, elide o vício sobre a prova secundária.

A prova produzida por meios ilícitos, nesse sentido, não perderá sua ilicitude, todavia, será atenuada em razão de fatores infringentes na fase de produção da prova e

a sua utilização posterior em processo penal, de forma que um fato novo corrobora a utilização no processo. Nesses termos,

De acordo com essa limitação, não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a perseguição criminal. (LIMA, 2019, p. 652)

Fica claro que, com relação ao entendimento analisado, a mancha purgada é derivação de prova ilícita. Todavia, apesar da contaminação da prova originária, haverá possibilidade de atenuação, mitigação do vício, impulsionando a geração de efeitos no âmbito processual.

O Superior Tribunal de Justiça, levando a ensejo o tema em questão, aponta veementemente quais são as hipóteses caracterizadoras que poderão emitir a atenuação da prova ilícita e as que dela derivam, trazendo à tona como poderá ser utilizado:

Segundo essa teoria, que afasta a caracterização da prova ilícita por derivação, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária, entre outros elementos: i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a perseguição criminal. (Superior Tribunal de Justiça - APn 856 - Corte Especial. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 18/10/2017. Publicado em DJe 6/2/2018)

É importante evidenciar que o §1º do art. 157 do CPP faz ensejo ao entendimento quando trata do nexo de causalidade entre uma prova e outra. Apesar da ação penal citada, em que versou sobre prova emprestada advinda de acordo internacional, não há nenhum julgado referente ao pressuposto da mancha purgada.

4.5 Good Faith Exception (*Limitação da boa-fé*)

Levando-se em consideração o processo penal no direito comparado, cumpre realizar a análise acerca da boa-fé como limitação da ilicitude de uma prova produzida em desacordo com os preceitos legais.

Inicialmente, o entendimento é de que tal permissividade não foi adotada como jurisprudência nos tribunais, não havendo vinculação à atuação dessa admissibilidade ao ordenamento jurídico pátrio.

O entendimento acerca do tema possibilita a utilização de provas ilícitas no processo penal, quando haja desvinculação da vontade de produção da ilicitude, ou seja, quando haja a boa-fé do agente que a produziu, não resultando em ingerência da ilicitude à prova. Assim, uma prova ainda que obtida por meios ilícitos não apresentará

vícios, o que conseqüentemente possibilita, ao menos em tese, a utilização nos processos penais.

No entanto, o entendimento da admissibilidade somente perdura enquanto o critério subjetivo não for o ilegal, ou seja, não há vontade de produção por meios ilícitos ou não se sabe que o modo de agir implica ato ilegal.

Diferentemente das provas ilicitamente produzidas que são levadas a enfrentamento pelo critério da proporcionalidade, a fim de utilização em favor do réu, as provas ilícitas obtidas com boa-fé objetivam a inserção da prova no processo penal como critério de julgamento, buscando a condenação do investigado.

Por fim, conclui-se que, apesar do conceito, a prova ilícita obtida com boa-fé não poderá ser utilizada no processo penal objetivando a condenação do acusado, uma vez que geraria conflito no tocante ao *in dubio pro reo*, bem como ao devido processo legal, do qual deve prevalecer a legalidade estipulada no ordenamento jurídico.

5 Casos práticos (Moro, Dallagnol e ex-presidente Lula)

O site *The Intercept*, bastante conhecido pelas reportagens enfáticas no tocante ao meio político, publicou, recentemente, conversas entre o Ex-Juiz Federal Sergio Moro e o Procurador da República Deltan Dallagnol. Frise-se que tal fato ganhou repercussão geral em razão das posições que ambas as autoridades detinham à época das conversas publicadas e de quem as conversas tratavam, no caso, o Ex-Presidente Lula.

Com base nisso, profissionais da área jurídica apresentaram repúdio ao acontecimento, antecipando que vários casos julgados poderiam ser anulados. Nesse entendimento, é importante estabelecer os argumentos e quais são as possibilidades jurídicas que compõem o rol de critérios para que um processo seja anulado, levando em consideração provas como essas, que foram oportunizadas por meio ilícito, qual seja, “hackeamento” dos celulares das autoridades em questão.

Assim, há o argumento de que havia colaboração entre o órgão julgador e o órgão acusador, para que o acusado não se livrasse solto, bem como não concorresse nas eleições que se seguiram naquela data.

Por conseguinte, há consenso entre os especialistas da área jurídica que as provas ilícitas derivadas dessa questão poderão beneficiar o Ex-Presidente Lula, a fim de anular o processo que o condenou. É necessária a ponderação efetivada pelo Jurista Italiano Luigi Ferrajoli, conforme noticiado pelo jornal *Rede Brasil Atual*:

No caso da condenação do ex-presidente Lula, as violações das garantias do devido processo legal foram, desde o início, massivas. Em qualquer outro país, o comportamento do juiz Moro justificaria sua suspeição, por sua explícita falta de imparcialidade e pelas repetidas antecipações de julgamento. (CASAL JR., 2020, *online*).

Concomitantemente, apesar do fato, há que arguir no que tange ao processo penal e as causas de anulação de processos penais.

Insta salientar que, como tratado no item 3.2, a prova ilicitamente obtida poderá ser utilizada para beneficiar o réu, questão em que há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, no qual, *in casu*, há dois direitos fundamentais em apreço – de um lado o direito fundamental à privacidade e de outro o direito fundamental à liberdade, ambos constitucionalmente garantidos pela Constituição Federal e que, em razão disso, poderão ser levados à apreciação por meio da proporcionalidade, para final aplicação ao caso concreto.

5.1 Anulação processual ou exclusão das provas obtidas por meio ilícito

Noutra vertente, se eventualmente as provas obtidas por meios ilícitos puderem ser utilizadas em favor do réu, ocorrerá que o processo já sentenciado poderá ser anulado. Isso se dá em razão de que, no processo penal, a legalidade deve ser seguida; há direitos constitucionalmente previstos que poderão ser atingidos com uma sentença penal condenatória.

Nesse sentido, leva-se em consideração que a forma do processo deve obedecer a requisitos indispensáveis à validade processual, caso em que poderá ocorrer a nulidade relativa ou absoluta.

Em razão do caso em apreciação, a vertente mais possível é que, se for devidamente fundamentada, será tratada como nulidade absoluta, isso em razão de que o prejuízo para o réu é estendido, ou seja, ainda que o ato que tenha ocasionado a nulidade ocorra em momento inicial do processo, não havendo a declaração em momento oportuno, poderá ser devidamente considerado em momento posterior, ainda que após a sentença penal condenatória, conforme trata o art. 571, VII do CPP.

Dessa forma, se as conversas entre Moro e Dallagnol forem utilizadas para a instauração de recurso a fim de pedir-se a anulação do processo, possivelmente será dada a fundamentação acerca desse entendimento, ao qual tornará o processo carente de novo procedimento.

6 Considerações finais

O presente estudo objetivou-se a dar ensejo aos entendimentos aplicáveis à admissibilidade das provas ilícitas em âmbito processual penal. Frise-se que, pela regra geral, que é a inadmissibilidade, a vertente principal é o conceito cogente trazido pelo art. 5º, inciso LVI da CF/88 e art. 157 do CPP, que vedam expressamente as provas consideradas ilícitas, não havendo sua inserção nos autos processuais.

Dessa forma, cumpriu-se evidenciar as tratativas que elencam a dicotomização presente entre provas ilícitas, que são aquelas que atingem veementemente preceitos materiais penais, e provas ilegítimas, aquelas que tratam acerca de preceitos processuais.

Ainda assim, consubstanciando o entendimento, ficou demonstrado que, se nos autos processuais forem carreadas provas ilegais, haverá clara afronta às garantias

constitucionais conferidas aos acusados, na mesma vertente, implica a limitação efetiva da atuação do Estado, a fim de que não ocorra usurpação de direitos.

Com base nos entendimentos correlatos ao tema, frisou-se que anteriormente à promulgação da CF/88 havia entendimento divergente do que perdura contemporaneamente. Momento ao qual a doutrina divergia no tocante às justificações presentes na utilização das provas ilícitas no rito processual penal.

No mesmo sentido, com base no direito comparado, teorias que abordam a utilização das provas ilícitas foram devidamente tratadas, comportando claras exceções à regra, ainda que perdurem de maneira excepcional no caso concreto.

Assim, demonstrou-se que a Carta Magna perpetua pela vedação às ilícitas, do mesmo modo que a exceção versa quando presente o rito da ponderação dos direitos, com base na teoria da proporcionalidade.

Dado entendimento levado ao filtro propiciado pela teoria supracitada possibilita que uma prova ilícita seja aproveitada em processo penal, desde que analisado caso a caso, bem como seja em favor do réu, dando estrita observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

Dessa forma, a prova ilícita, quando utilizada em meio processual, somente é efetiva quando houver a estrita observância ao que a Teoria da Proporcionalidade aduz, devendo ser ponderados os requisitos necessários para não ensejar prejuízos ao réu. No mesmo sentido, levam-se em consideração quais os direitos estão conflitando, ao passo que, no caso concreto, poderá prevalecer uma utilização de meio obtido pela via ilegal, desde que possibilite a captação de recursos em favor do réu, coadunando com a característica probatória da inocência, devendo ser valorada e efetivada com base no caso concreto.

Por fim, foi demonstrada a relevância jurídica da questão, razão pela qual em processos penais as provas têm o condão de possibilitar ao acusado a capacidade de comprovação de sua inocência, bem como ao tratamento em afinco para determinado caso, o que poderá ocasionar o enfrentamento do caso de forma mais contundente, a fim de dar efetivo cumprimento aos dispostos na Constituição Federal.

Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A ACEITAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL
CORRELACIONADAS À TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 156.157**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Paraná. Julgado em 19/11/2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal Originária nº 856**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de outubro de 2017. Publicado no DJe 6 fev. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77184305&num_registro=201001847200&data=20180206&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 156.157** – Paraná. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 19/11/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748719183>. Acesso em: 03 mai. 2020.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Processual penal. **Habeas Corpus n. 83921**. Relator: Ministro: Eros Grau, Brasília, DF, 03 de Agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384836>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CANOTILHO; J. Joaquin Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO; J. Joaquin Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASAL JR., Marcelo. Em qualquer outro país, o comportamento do juiz Moro justificaria sua suspeição. **Rede Brasil Atual**. Publicado em: 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2020/07/suspeicao-moro-luigi-ferrajoli/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalho acadêmico-científicos**. Centro Universitário de Patos de Minas. Pró-Reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. 6. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DEZEM; Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance *et al.* **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRITZ, Karina Nunes. **Decisões históricas**: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas-o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 19 ago. 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo, Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 3, n.85, 2010. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001745f0f165a8f051e4f&docguid=I0c66d4b0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I0c66d4b0f25211dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=372&context=24&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 set. 2020.

GOMES, Luiz Flavio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (Exclusionary Rule). Doutrinas Essenciais Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 3, 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017460850174f18dd17b&docguid=I02fd9450f25111dfab6f010000000000&hitguid=I02fd9450f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=66&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 set. 2020.

GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **Revista Consultor Jurídico**, 19 ago. 2014. Disponível em:

A ACEITAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO NO PROCESSO PENAL
CORRELACIONADAS À TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

<https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>. Acesso em: 19 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. rev. e ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Verdade judicial e sistema de prova no Processo Penal Brasileiro. **Eugênio Pacelli Advocacia e Consultoria**. Belo Horizonte, 25 set. 2018. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/blog/verdade-judicial-e-sistema-de-prova-no-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 06 jun. 2020

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

A contribuição feminista para o processo de (re)democratização no Brasil e o papel do STF na construção de uma perspectiva de gênero na jurisprudência

The feminist contribution to the (re)democratization process in Brazil and the role of the STF in the construction of a gender perspective in jurisprudence

Francielle Gonçalves Pereira

Graduanda de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: franciellegp@unipam.edu.br

Resumo: O objetivo principal deste trabalho foi analisar se, no ordenamento jurídico brasileiro atual, existe uma promoção de igualdade de gênero nos grandes centros de poder, como no Poder Judiciário e no Legislativo, garantindo às mulheres uma participação justa e igualitária. Para alcançar o resultado desejado, buscaram-se doutrinas acerca do assunto e a própria legislação concomitantemente com a Constituição Federal de 1988 e exploraram-se autores, filósofos e dados científicos. O presente trabalho buscou demonstrar a luta percorrida e ainda necessária para que haja presença e representação de mulheres nas tomadas de decisões como influenciadoras ativas no processo democrático brasileiro. Buscou-se também frisar o papel do Supremo Tribunal Federal como efetivador de direitos fundamentais e sua importância no processo de democracia e igualdade de gênero.

Palavras-chave: Igualdade de gênero. Supremo Tribunal Federal. Mulheres.

Abstract: The main objective of this work was to analyze whether in the current Brazilian legal system, there is a promotion of gender equality in the great centers of power, as in the Judiciary and Legislative Power, guaranteeing women a fair and equal participation. To achieve the desired result, doctrines on the subject were sought, the legislation itself concomitantly with the Federal Constitution of 1988, authors, philosophers and scientific data. The present work sought to demonstrate the struggle that is still necessary for the presence and representation of women in decision-making as active influencers in the Brazilian democratic process. It also sought to emphasize the role of the Supreme Federal Court as an enforcer of fundamental rights and its importance in this process of democracy and gender equality.

Keywords: Gender equality. Federal Court of Justice. Women.

1 Considerações iniciais

Inicialmente, vislumbra-se o avanço dos direitos das mulheres no Brasil, no âmbito histórico, doméstico, social, político e cultural, porém ainda se percebe uma grande insuficiência, pois a existência formal desses direitos não assegura às mulheres

uma participação justa e igualitária nos espaços de poder. É necessário suscitar que o tecido social é também composto por mulheres, que apresentam necessidades e demandas específicas.

Segundo o último senso do IBGE, 51% da população brasileira é feminina e, apesar de as mulheres serem maioria populacional, tendo grande relevância quantitativa, não há a mesma relevância qualitativa, não há participação ativa na confecção de leis e normas, não há influência direta nas tomadas de decisões estratégicas, muito menos nos processos de escolhas mais elevadas, como a estruturação de políticas públicas.

A partir desse contexto, entende-se que o constitucionalismo diversas vezes exclui, deslegitima e silencia mulheres, o que é possível identificar ao longo da história das lutas enfrentadas e dos direitos conquistados paulatinamente. O debate pautado nesta pesquisa tem como finalidade não apenas demonstrar a luta das mulheres ao longo do tempo por seus direitos, mas sim delimitar o papel das Cortes Constitucionais e do Poder Legislativo como legitimadores de direitos fundamentais, analisando casos específicos, como a representação e presença feminina nos espaços de tomada de decisões relevantes.

As mulheres foram e ainda são vistas como cidadãs de última categoria, têm jornadas duplas, até triplas, produzem e geram riquezas, chefiam famílias sozinhas em escalas crescentes e, mesmo assim, não estão dentro dos ambientes que decidem os rumos da sociedade e dos cidadãos.

Nesse viés, a presente pesquisa se justifica, mormente, sobre a antiga e hodierna discussão acerca do fato de que, na sistematicidade geral do Brasil, em diversos âmbitos e ultrapassando diversas gerações, as mulheres buscam por representatividade e participação nos espaços de poder.

No que diz respeito à problematização desta pesquisa, verifica-se que existem diversas questões a serem analisados e investigados, como o papel do Supremo Tribunal Federal na construção e inserção de uma perspectiva de gênero na jurisprudência brasileira, verificando a representatividade feminina nos espaços de poder e tomadas das decisões.

É cristalino o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) diante do seu caráter contramajoritário que lhe incube o papel de proteger e representar as minorias, tal como o Legislativo na sua função legiferante.

Nesse ínterim, o objetivo desta pesquisa é analisar se as Constituições foram feitas também por e para as mulheres e se há espaço na hermenêutica constitucionalista para elas. Dessa forma, responder a estes paradigmas aqui propostos é o epicentro deste trabalho.

2 Contextualização histórica

Historicamente, as mulheres não participaram dos processos constituintes, não ratificaram nem escreveram as Constituições, que detêm as normas supremas de uma sociedade, especialmente as Constituições dos séculos XVIII e XIX; nesta época os homens redigiam as leis como se as mulheres não existissem, demonstrando baixa

preocupação com seus direitos, principalmente no que se refere à igualdade. (MONTAÑEZ, 2014)

Ao longo da história, a mulher sempre foi inserida em funções inferiores em relação àquelas dos homens. Desde a pré-história, há relatos de que a mulher deveria se manter abrigada e cuidar da prole, enquanto o homem com sua força e capacidade intelectual ficaria responsável pela proteção e alimentação de sua família (BOTELHO; SHERER, 2017).

Nesse âmbito, o compromisso com a igualdade formal e como a igualdade de gênero e sexo somente foi levantado como um tema de relevância no constitucionalismo pós- Segunda Guerra Mundial, apesar de ainda bem tímido.

A reformulação do que é ser mulher e das definições de gênero se deve pela colaboração e luta dos movimentos feministas. Com a adoção da tese beauvoiriana, criada por Simone de Beauvoir, sendo esta uma pensadora que possibilitou utilizar e repensar as premissas e conceitos da teoria existencial francesa para analisar a condição feminina, na qual não se nasce mulher, mas torna-se uma, surgem inquietações relativas à igualdade entre homens e mulheres no âmbito político, jurídico e cultural (COSTA, 2016). Esses desdobramentos e debates teóricos entre as feministas pela busca de igualdade se deram pelo “descompasso entre a afirmação dos princípios universais de igualdade e as realidades da divisão desigual dos poderes entre homens e mulheres” (FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, 2009, p. 144).

A partir de 1970, movimentos encabeçados por mulheres eclodem em busca de instrumentos que fomentam a cidadania feminina, resultando em um novo espaço de diálogo para as mulheres. Importante frisar que, no Brasil, um dos primeiros direitos que foi reconhecido às mulheres foi o direito ao voto em 1932 e, em seguida, o direito à contracepção em 1960 e, por consequente o direito à igualdade na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, é possível afirmar que as mulheres foram ocupando espaços que até então não lhes pertenciam. Na esteira do constitucionalismo, o direito constitucional tradicional também replicou conceitos sexistas, culminando em uma dificuldade de a mulher ser considerada cidadã (COSTA, 2016).

Nesse viés, percebe-se que as conquistas travadas pelas mulheres foram acontecendo paulatinamente e de forma tímida. As mulheres, no decorrer da história, foram criadas para serem mães e donas de casa, ou seja, nunca chefes ou líderes. Portanto, foi necessário primeiramente haver um autoconhecimento para que as mulheres também se libertassem da opressão e comessem a reivindicar seus direitos.

2.1 As ondas do feminismo

Para melhor entender a evolução histórica dos direitos das mulheres para assim buscar refletir sobre a presença delas nos espaços de tomada de poder, nas jurisprudências e nas leis, é necessário tratar das ondas do feminismo, conceito criado pela escritora Martha Weiman Lear, em 1968, no jornal americano “The New York Times” (SILVA, 2019), que retrata o nexo temporal das lutas e conquistas por igualdade de gênero e reconhecimento de direitos fundamentais.

A CONTRIBUIÇÃO FEMINISTA PARA O PROCESSO DE (RE)DEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL E O PAPEL DO STF NA CONSTRUÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA

A primeira onda do feminismo, iniciada no século XIX marcou-se pela busca de reconhecimento e normatização dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, direitos civis e políticos, que já eram garantidos aos homens. Dessa forma,

Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal. (LENZA, 2018, p. 1174)

A luta travada pelas mulheres foi em busca de romper os estereótipos impostos pela sociedade, de forma a conseguir direitos já auferidos aos homens, portanto havia muita resistência, pois significava romper com a filosofia e costumes de uma sociedade patriarcal.

A primeira onda foi marcada pela Revolução Industrial. As mulheres saíam da lida de casa para começar a trabalhar em troca de remuneração, mesmo que de forma injusta, comparando-se aos homens, surgindo assim as chamadas “Sufragistas”, reivindicando inicialmente melhores condições de trabalho e remuneração mais justa. Porém isso ainda se mostrava insuficiente. As mulheres buscavam ir além, queriam participar e influenciar as decisões políticas do país. Portanto, visavam principalmente conquistar o direito ao voto, que tem grande ligação com o exercício da cidadania, pois dava às mulheres acesso aos canais de decisões e a possibilidade de também discutir pautas femininas.

Já a segunda onda do feminismo iniciou no século XX, década de sessenta. O Brasil passava pela ditadura militar, época de grande opressão e restrição de direitos. Mesmo após a vitória do direito ao voto e condições mais justas de trabalho, as mulheres ainda continuavam sendo menosprezadas e recebendo menos que os homens, mostrando-se então insuficientes tais conquistas. As mulheres buscavam, portanto, o direito à igualdade de gênero.

No curso da segunda onda, em 1979 foi aprovada a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que é um tratado internacional, ratificado pelo Brasil e com validade no ordenamento jurídico brasileiro, proibindo, em seu primeiro artigo, toda discriminação contra a mulher e garantindo o direito à igualdade, liberdade.

Portanto, vislumbra-se que a segunda onda foi mais ampla que a primeira.

Neste período o movimento feminista ocupou um importante papel de resistência e afirmação da garantia dos direitos humanos, conjugando as lutas pela democracia com as lutas específicas das mulheres pelo tratamento igualitário e pela autonomia no campo social. O feminismo de segunda geração se ocupou com a proteção da mulher, partindo de uma perspectiva de isonomia formal, característica da primeira onda, para de isonomia material. (WOITOWICZ, 2009, p. 43)

Partindo para a terceira onda do feminismo, iniciada no século XX, em meados de 1980 e permanecendo até os dias de hoje, buscou-se a concretização dos direitos

formalmente consolidados, sendo estes a liberdade e igualdade, direitos estes previstos expressamente na Constituição Federal de 1988.

Um marco de grande relevância para esta onda foi a “Convenção de Belém do Pará”. Preceitua o decreto “Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho em 1994”. (BELÉM DO PARÁ, 1996). Porém, o que se percebeu foi que, apesar da Convenção elucidar direitos intrínsecos e essenciais às mulheres, a realidade era totalmente diferente, os direitos não eram efetivos como deveriam ser.

Para isso, 10 anos depois, foi criada a Lei Maria da Penha, que efetivou os preceitos contidos na Convenção de Belém do Pará. Essa lei revolucionou o ordenamento jurídico brasileiro, alterando o Código Penal de 1940, promovendo meios para inibir a violência doméstica.

Em 2015, houve outras conquistas como a tipificação do homicídio doloso contra a mulher por feminicídio, envolvendo então o gênero. Segundo Bourdieu (2007, p. 18), “a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se anunciar em discursos que visem a legitimá-la”.

Nesse ínterim, verifica-se que muitos direitos foram conquistados ao longo dos tempos, porém ainda há muitas lutas a serem travadas, pois existem diversos obstáculos, como o machismo, o patriarcado enraizado nas matrizes históricas do país, podendo-se elucidar isto pelo fato que, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a taxa de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo, e o Brasil caminha para liderar o ranking mundial da violência contra a mulher (GUSTAFSON, 2019).

Além disso, tratando-se de historicidade, é necessário também rever os padrões de beleza impostos pela mídia, que fazem da mulher um mero objeto, ferindo diversos direitos, como a dignidade da pessoa humana, o que de certa forma é ridicularizado por aqueles que não entendem a luta que já foi enfrentada e não está perto de terminar. Com isso,

A violência simbólica confere poder aos Meios de Comunicação em reproduzir o estereótipo patriarcal que relega uma posição de subalternidade à mulher, apresentando-a como inferior ao homem. Dessa forma, pode servi-lo como seu objeto de prazer e de consumo ideológico (fetiche), sexual. (LIRA; VELOSO, 2008, p. 02)

Entende-se que essa terceira onda não tem ainda uma pauta consolidada, fixa, segura, pois ainda demonstra grande fluidez. Ainda é necessário oferecer sistemas sólidos para proteção dos direitos das mulheres e também de outras minorias identificadas pelo gênero ou pela orientação sexual, que também são vítimas do machismo.

A partir daí, percebe-se a importância de estudar o contexto histórico de subordinação, opressão, violência física e simbólica para então entender a falta, escassez de mulheres nos centros de poder, observando as jurisprudências do país e como se dá a proteção da mulher, mesmo que de forma gradual.

3 O papel contramajoritário do STF na construção da jurisprudência brasileira

Preconiza-se que o embate travado para um sistema igualitário, livre dos preceitos opressores e radicalistas, deu-se inicialmente pelo direito internacional culminado com a jurisprudência e o direito constitucional brasileiro, que está sendo tratado em questão.

A Constituição da CSW – Comissão sobre a condição da mulher criada pelo Conselho Econômico e Social da ONU, por meio da Resolução n. 11, de 21 de junho de 1946, inaugurou uma linguagem mais incluída da mulher nos textos internacionais, o que, concomitantemente, teve respaldo nas legislações brasileiras.

No Brasil, a “Carta das Mulheres Brasileiras” deu impulso aos avanços constitucionais. Pela primeira vez no Brasil passou-se a garantir a igualdade de gênero, trazendo previsão expressa na Constituição. Essa Carta teve crucial importância na história brasileira de luta feminista, pois reivindicou a necessidade de o país cumprir os tratados e convenções internacionais de que era signatário com o escopo de extinguir qualquer forma de discriminação contra a mulher.

Nesse viés, de acordo com a ONU Mulheres, no ano de 2016, restou-se comprovado que 72 leis foram criadas ou modificadas para reforçar o direito das mulheres em 61 países. A esse respeito:

No que se refere à questão feminina, os conflitos remontam à antiguidade. Eles ganharam uma dimensão de movimento social quando as mulheres passaram a lutar contra a opressão a que estavam submetidas, inclusive no seio de suas famílias. As relações de gênero foram-se firmando ao longo da história, configurando-se como construções culturais de identidades masculinas e femininas, envolvendo relações de poder e impondo comportamentos aos homens e às mulheres, que nem sempre se desenvolveram por meio da coerção física, mas foram incutidos na subjetividade humana. (MADERS; ANGELIN, 2012, p. 16)

Considerando os avanços já apontados, de grande relevância para o atual cenário da conquista de direitos, tratando-se da promulgação da Constituição de 1988, a participação de parlamentares mulheres na assembleia constituinte foi marcada por uma sub-representatividade. Isto porque havia 26 mulheres de um total de 559 parlamentares, sendo que a taxa de representativa de era de 4,65%, o que gera flagrantemente um olhar mais masculino à Constituição.

Adentrando na Constituição de 1988, especificamente no artigo 103, o qual estipula os legitimados a proporem ações diretas de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), não só tornou-se impossível o acesso da sociedade civil, mas também reforçou a exclusão de grupos já sistematicamente marginalizados nos espaços de tomadas de decisões, gerando a sub-representatividade.

Tal legitimidade seria demasiadamente importante, pois o STF com o decorrer do tempo ganhou grande importância no cenário atual, visto que contribuiu para uma efetiva implementação de direitos e modulação das próprias relações na sociedade,

permitindo que uma lei seja extirpada do ordenamento jurídico, se declarada inconstitucional.

Esse acesso seletivo mostra-se prejudicial no que se refere às mulheres, pois dificulta o acesso às instâncias máximas do Poder Judiciário. Pode-se usar como exemplo o aborto, que está marcado nas demandas políticas feministas e que, historicamente, é notória a dificuldade em se levar um assunto como este à corte suprema. O aborto é criminalizado desde 1940 e, apenas em 2017, ou seja, 77 anos depois que foi ajuizada uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, com a possibilidade de ser descriminalizado, partindo-se do pressuposto da autonomia feminina. Percebe-se um universo predominantemente masculino, em que assuntos que dizem respeito diretamente ao corpo, autonomia e liberdade das mulheres são, de certa forma, evitados.

Desse modo, o ponto a que se quer chegar é o acesso às instâncias superiores constitucionais; cria-se um grupo seletivo de privilegiados, com poderes e autonomias para questionar os direitos assegurados a grupos considerados vulneráveis, como as mulheres. Como já supracitado, as mulheres constituintes não atuaram como sujeitos políticos em sua essência, mas sim buscaram assegurar e concretizar direitos básicos e fundamentais, diante das grandes injustiças.

Outrossim, o ativismo feminista pode se dar por meio de judicialização das pautas que buscam igualdade e liberdade para as mulheres e concomitantemente pressionar e inspirar uma nova interpretação do direito, partindo da desigualdade, subordinação e opressão das mulheres, sem que se exclua a luta de outras minorias na sociedade. Percebe-se que todas as lutas pela igualdade são legítimas e merecem posições de destaque.

A interpretação constitucional feminista apresenta possibilidades que, muitas vezes, podem passar despercebidas aos olhos daqueles que ocupam os grandes centros de poderes, pois buscam afastar a neutralidade do Direito, a frieza da lei, para que no poder Judiciário cada vez mais se confirme a proteção de gênero, não mais marginalizando minorias na sociedade, dificultando o exercício da cidadania, como por exemplo o Direito Tradicional, que traz diversos pressupostos sexistas e machistas. A ex-ministra Ellen Gracie, em sua sabatina perante o Senado Federal, afirmou:

Acredito, sim, que haja um olhar feminino diverso, complementar e que traz uma sensibilidade nova, especialmente para as questões sociais. E no Direito, no exercício da nossa prática profissional, isso é a constante. (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO..., 2000, p. 669)

A partir dessas ideias neoconstitucionalistas, percebe-se que, paulatinamente, ocorreram mudanças, fortalecendo uma atuação cada vez mais incisiva do Supremo Tribunal Federal, sem adentrar ao mérito do ativismo judiciário, tendo em vista que certas demandas e previsões legais com o passar do tempo vão sofrendo modulações e precisam se adaptar à nova realidade, o que justifica a atuação dessa Corte para assegurar os direitos fundamentais contra os abusos das maiorias parlamentares.

De acordo com as premissas do ministro Luís Roberto Barroso, as Supremas Cortes e Tribunais constitucionais, em todo o mundo, desempenham três grandes

funções: o papel representativo, iluminista e contramajoritário. (2018, n. p). Para melhor ilustrar o papel representativo se refere à atuação da Suprema Corte para atender diversas demandas sociais não satisfeitas no decorrer do tempo pelo Legislativo, integrando a ordem jurídica quando da omissão institucional do legislador.

Já o papel iluminista, de acordo com Barroso (2018), é aquele que não envolve especificamente uma lei, mas que promove valores racionais que geram avanços civilizatórios, como a proibição da pena de morte e a decisão na ADPF sobre a questão da união homoafetiva, que teve uma “atitude moralizante”.

Porém, quanto a esse papel, merece ser feita uma observação, pois, quando exerce essa vanguarda iluminista da sociedade como um todo, mostra-se com algumas lacunas nas premissas aduzidas, pois leva a sociedade civil a uma determinada direção ética que seria indispensável à evolução social, como uma verdade objetiva. O autor e mestre em filosofia Bruno Torrano contrapõe essa teoria afirmando:

Afinal, se seguirmos à risca o pensamento de Barroso, teremos invariavelmente um, e só um, critério para determinar se um caso pode ou não servir como “mola moral” da sociedade: o juízo individual, seletivo e *interna corporis* de “cautela, parcimônia e autocontenção”, feito por *ele mesmo* ou, no limite, pelo colegiado da instituição jurídica que integra — o Supremo Tribunal Federal. (TORRANO, 2015, p. 9)

O papel contramajoritário, que se mostra de grande relevância nesta pesquisa, identifica-se no poder de as Cortes invalidarem leis e atos normativos, limitando e racionalizando o poder estatal. Porém esse papel vai além da invalidação de normas; ele assume o controle e a proteção dos abusos das maiorias com o escopo de resguardar o direito das minorias, respeitando assim a Constituição que traz, em seu núcleo, normas com esse viés protetivo.

Frisa-se que, quando se usa a expressão “minorias”, nem sempre significa um número menor de pessoas, pois pode ser até maior e mais significativo do que aquele chamado de “maioria”. Podemos usar como exemplo o caso das mulheres, que são vistas como minoria, quando, na verdade, representam o maior número na sociedade.

Partindo dessas premissas, o autor Robert Alexy (2014) fala sobre o conceito de representação argumentativa, em que seria possível desenhar um modelo de democracia que não seja baseado exclusivamente nos conceitos de eleições e de governo da maioria. Um modelo assim seria puramente decisional. Essa representatividade é atrelada à afirmação da importância dos direitos constitucionais e de sua proteção por um corpo decisório formado por membros não eleitos.

Segundo o autor, a única forma de conferir legitimidade democrática a tal corpo é associando o exercício da autoridade do tribunal a uma noção de representação – que não se ancora em qualquer forma de interação com os representados, mas sim na qualidade da produção argumentativa. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente (ALEXY, 2014, n. p.).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, quando atua na sua função contramajoritária, insere uma perspectiva de gênero não apenas nas jurisprudências, mas sim na sociedade como um todo, dando força a esses grupos ativistas que buscam

consolidar seus direitos, o que demonstra, no cenário atual, a preocupação com a viabilidade de que essas pautas sejam discutidas não apenas pela sociedade civil, mas também pelos grandes centros de poder.

4 Situações em que o direito de gênero se faz presente

A hermenêutica constitucional feminista permite que um emanado de decisões de gênero ressoe no Supremo Tribunal Federal. Percebe-se que ainda não há abundância na presença dessas pautas, mas essa mudança que vem acontecendo com o passar do tempo é de grande valia. Essa hermenêutica pressupõe que cada mulher, seja qual for seu sexo biológico de nascimento ou orientação sexual, possa expressar-se como ser humano dotado de direitos e deveres fundamentais a partir de seus próprios e indissociáveis lugares de fala.

Dessa forma, esse movimento surge como meio e possibilidade de compreender e interpretar o Direito e a Constituição, do lugar de fala feminino, em toda a sua mais ampla acepção, consistindo em identificar e desafiar os elementos da dogmática jurídica que discriminam por gênero, raciocinar a partir de um referencial teórico segundo o qual as normas jurídicas e constitucionais são respostas pragmáticas para dilemas concretos das mulheres reais, mais do que escolhas estáticas entre sujeitos opostos ou pensamentos divergentes.

As mazelas de desigualdade no Poder Judiciário, no Poder Legislativo e no mercado de trabalho aguçam ainda mais a desigualdade e injustiça de gênero que estão presentes no Brasil. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, quando em seu controle de constitucionalidade, tendo o “poder” de declarar uma norma inconstitucional, tem marcante presença nesse processo de (re)democratização brasileiro e de uma inserção de gênero em suas pautas. Desse modo, caberia à Suprema Corte brasileira resguardar os direitos das minorias (BARROSO, 2018, n. p.). Havendo assim, relação direta com sua função ou papel contramajoritário.

A partir desse contexto, conforme afirma a autora Juliana Gomes (2016), o primeiro caso que trouxe o gênero à porta do STF envolveu direito previdenciário, ao discutir os limites estabelecidos na Emenda Constitucional n. 20 de 1998. Tratava-se de um caso que questionava a mulher gestante e a contribuição enquanto estivesse em licença-maternidade. O ministro na época, Sydney Sanches, ressaltou que, a partir de 1932, o legislador cada vez mais vê a gestante como um problema de natureza previdenciária, estimulando então a contratação apenas de trabalhador masculino, e não como um encargo do empregador, em sua função de proteção à maternidade. Nesse viés, foi estabelecida a proteção à maternidade, garantindo licença à gestante de 120 dias, contribuindo para combater a diferença de salários, a inclusão da mulher no mercado de trabalho, abraçando assim essa perspectiva de gênero na Constituição.

Não obstante, em 2007, na Ação Direta de Constitucionalidade 19, que foi proposta em 2007 pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, buscando uma interpretação com um olhar mais sensível a questões de gêneros, foi declarada por unanimidade a constitucionalidade de alguns artigos da Lei Maria da Penha, como o artigo 1º, quando

A CONTRIBUIÇÃO FEMINISTA PARA O PROCESSO DE (RE)DEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL E O PAPEL DO STF NA CONSTRUÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA

se criam mecanismos para coibir e também prevenir a violência doméstica contra a mulher. Afirmou o Ministro Marco Aurélio, relator do caso que:

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. (BRASIL, 2012, p. 14)

A ministra Rosa Weber também trouxe importantes contribuições a esse processo:

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. (BRASIL, 2012, p. 23)

Importante destacar que, nas discussões no plenário do STF, há opinião de duas mulheres, que contribuem fielmente para essa inclusão de gênero. Conforme entendimento da ministra Carmen Lúcia, a presença de ações como esta em discussão significa “que a luta pela igualação e pela dignificação (das mulheres) está longe de acabar” (BRASIL, ADC n. 19/STF, p. 44). Esse preconceito enraizado, e que muitas vezes passa despercebido, está presente em todos os espaços, assim afirma a ministra que “e digo isso, porque alguém acha que, às vezes, uma juíza deste Tribunal não sofre preconceito. Mentira! Sofre! Não sofre igual a todas as mulheres, outras sofrem mais do que eu. Mas, sofrem. Há os que acham que isto aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas: “Mas, também, lá agora tem até mulher” (BRASIL, ADC n. 19/STF, p. 45).

Em debates mais atuais, o STF também trouxe discussões envolvendo o gênero, como no Habeas Corpus de 124.306/RJ de 2016, em que foi necessário realizar uma interpretação com um olhar constitucional do Código Penal nos artigos 124 e 128, excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, pois a criminalização nesses casos viola profundamente os direitos e autonomia das mulheres. Nesse sentido, em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a

equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. (BRASIL, 2016, p. 1-2)

Para a ministra Rosa Weber, o Supremo deve enfrentar o debate sobre o aborto por escolha da mulher, pelo menos nesse espaço de jurisdição constitucional com base nos princípios constitucionais, devendo o Estado adotar uma postura de neutralidade quando a ética privada.

É fundamental o debate sobre esses assuntos que perscrutam discussões sobre gênero, autonomia e liberdade relacionadas às mulheres, sem, portanto, deslegitimar diversas minorias que também merecem espaços nos grandes centros de poder. É necessário que não haja pautas apenas predominantemente masculinas, e que essas pautas exemplificadas tenham interferência feminina, em direitos que dizem respeito a elas.

De fato, a Constituição, em alguns dispositivos, confere um tratamento diferenciado a mulher. Mas isso se dá em busca de uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica contra diversos tipos de violência, necessitando de atuação ativa dos legisladores, juizes, juristas e da população, buscando superar concepções meramente formais que impedem a concretização de diversos direitos das mulheres.

4.1 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5617

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), o que marcadamente buscou uma interpretação feminista, com um olhar voltado à igualdade de gênero. O contexto que permeou essa decisão foram as premissas sobre princípio da igualdade e a não discriminação.

Inúmeras mulheres ainda enfrentam e suportam dificuldades de ocupar cargos de poder, serem eleitas ou terem voz ativa nas tomadas de decisões políticas, ocupando assim grandes centros de poder. Isso acontece devido à exclusão histórica das mulheres na política, o que reverbera, até hoje, no cenário de baixa representatividade feminina no governo.

Importante destacar que a exigência legal das cotas de gênero nas listas de candidatos foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1997 para as eleições gerais, e o que se identifica é, na verdade, uma queda de representatividade entre o pleito de 1994 e 1998: de 6,23% para 5,65%, com a implementação das cotas.

De acordo com Luís Roberto Barroso, nos cargos providos por mérito, por qualificação, as mulheres já conquistaram igualdade e até uma ligeira superioridade, mas, nos cargos que dependem de indicação política, ainda são minoria expressiva.

Segundo a ONU e a Inter-Parliamentary Union, o Brasil é um dos piores países em termos de representatividade política feminina, ocupando o terceiro lugar na América Latina em menor representação parlamentar de mulheres. Apesar de o Brasil

ter legislação específica para garantir a presença feminina na política, ainda se depara com grande desigualdade quanto à ocupação de cadeiras parlamentares pelas mulheres. Em um ranking de 190 países, o Brasil ocupa a 140ª posição em relação ao percentual de parlamentares homens e mulheres na Câmara dos Deputados. (ONU BRASIL, 2020, n. p.)

No Poder Executivo, por exemplo, verifica-se que o momento de maior representação feminina na Esplanada foi durante o primeiro governo de Dilma Rousseff. As mulheres chefiavam 1 em cada 4 ministérios. Na gestão de Temer, perderam todo o espaço conquistado. A representatividade não deve ser banalizada ou tratada de forma irrisória, pois tem grande e contundente importância na garantia de direitos e, mais do que isso, de dar voz às mulheres.

Bila Sorj (2005) afirma que, a despeito das transformações das relações de gênero no último século – tais como a inserção da mulher no mercado de trabalho, exercício do voto, aumento da escolaridade etc. –, certas desigualdades ainda não são percebidas como injustas, a exemplo da baixa participação feminina no parlamento. Embora exista um processo de mudança nas percepções sobre os gêneros, no sentido de uma cultura mais igualitária, as práticas sociais ainda são exercidas de forma bastante tradicional.

Após essas considerações, é importante trazer os antecedentes dessa ADI aqui tratada. Primeiramente, o objeto que levou a discussão dessa matéria foi o art. 9º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015:

Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

O Procurador Geral da República então interpôs a ADI, pois, o artigo supramencionado, fere o art. 5º, I, da Constituição Federal, no que tange ao princípio da igualdade, abordando questões do pluralismo político, cidadania e democracia, que estão dentre os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que são os objetivos da República.

Essa estipulação de patamar máximo de 15% destinado às mulheres tornariam inviáveis os recursos necessários para que houvesse uma igualdade entre homens e mulheres que fossem candidatos, sendo que seria totalmente destinado ao sexo masculino 85% dessas verbas, o que criaria um abismo ainda maior entre a representatividade feminina. Nesse caminho, a Ministra Rosa Weber traz importantes considerações:

O que as mulheres precisam é que a sua voz tenha o mesmo peso da voz masculina nas esferas do Poder. Não tenho a menor dúvida de que a participação feminina só vai aumentar, no campo da política, por meio de políticas públicas, dos incentivos e das cotas que estão sendo

trazidos pelas leis, no mínimo, para assegurar uma igualdade formal. (BRASIL, 2019, p. 45)

A decisão por declarar essa norma inconstitucional foi realizada por maioria dos votos no Supremo Tribunal Federal, em que os ministros acompanharam o voto do relator Edson Fachin. O Ministro Dias Toffoli pontuou que essa decisão é um reforço à igualdade, o que concomitantemente incita a construção de uma perspectiva de gênero no STF. Divergindo da maioria dos votos, o ministro Marco Aurélio alegou que o artigo 9º seria uma ação afirmativa válida, conveniente, que esse percentual de 30% que se pleiteava não estaria previsto na Constituição, julgando parcialmente procedente o pedido, o que foi seguido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Insta salientar que para os homens não há tetos máximos, então qual seria a justificativa de que fosse fixado um limite para as mulheres? Não haveria uma afronta diretamente à Constituição? Como fica o princípio da isonomia e igualdade? Seria totalmente retrógrado e enraizado nas matrizes machistas da história estipular discrepante condição que só beneficia o sexo masculino e deslegitima a árdua luta das mulheres nos espaços políticos. Portanto, a busca por assegurar essa igualdade formal depende de políticas públicas que motivem e inspirem a participação feminina no campo da política, como afirma a ministra Rosa Weber.

Nesse ínterim, Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem qualquer discriminação, mas a igualdade por si só não assegura nenhum direito, mas impede que seja utilizado de forma errônea. Portanto, quando a lei prevê igualdade a todos os cidadãos, não se pode ignorar a existência de uma desigualdade.

Quando a Constituição estabelece critérios que proíbem a discriminação, por exemplo, raça, sexo, cor e idade, ela admite que os indivíduos não são sempre iguais, porém o que não se pode ter de diferente são seus direitos e garantias. Nesse contexto, é necessário que haja medidas de “discriminação positiva”, como utilizado na França, para que seja amenizada a lacuna existente na sociedade de exclusão social. A esse respeito Celso Antônio Bandeira de Mello diz:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, 2001, p. 21-22)

Percebe-se que o que se busca é mais do que uma igualdade formal perante a lei, mas uma igualdade material que se baseia em determinados fatores. O que se busca é uma igualdade proporcional porque não se podem tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais. “O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais”. (BULOS, 2002, p. 79).

Outrossim, vislumbra-se a importância de analisar essa ação afirmativa na sociedade, a ADI 5617, pois mostra que, de fato, os indivíduos muitas vezes necessitam de tratamentos diferenciados, mas para garantir o mínimo. Muito além disso, pois garante a participação e representação das mulheres em um espaço tão importante para mudanças no seio social.

5 Considerações finais

A Constituição de 1988 inaugurou com o constitucionalismo moderno uma busca pela igualdade de gênero, visando construir uma sociedade livre de preconceitos, justa e solidária. Porém, percebe-se que esse avanço, principalmente na jurisprudência constitucional, não progrediu da forma desejável, por essa razão vem a necessidade de se debater e discutir esse tema.

A análise das ondas do feminismo interligadas às dimensões ou gerações dos direitos fundamentais mostra claramente que, ao longo da história, a luta travada pelas mulheres, e que ainda é constante, não foi e nunca será a mesma para os homens. As mulheres chegaram onde estão por muitas batalhas enfrentadas, não apenas pelas dificuldades do cotidiano, mas também pela opressão, discriminação, desvalorização, agressões de todos os tipos e deslegitimação.

O processo de (re)democratização brasileiro sob o olhar feminista chama a atenção para o desmazelo com o pensamento, ideologia e posição das mulheres para criar e modificar as normas constitucionais, por isso busca-se esse olhar a Constituição Federal com uma perspectiva de gênero, que compõe a hermenêutica feminista, mostrando que as mulheres também participam do Estado Constitucional de Direito, tendo suas teorias, sua dogmática, seus posicionamentos, vivendo portanto sobre os pilares fundamentais do ordenamento jurídico.

Quando se nota a presença das mulheres nos grandes centros de poderes, de tomada de decisão, é necessário frisar que essa participação reflete também em todas as camadas da sociedade, em todas as classes sociais. Ou seja, a inserção de gênero nas jurisprudências do Supremo Tribunal se expande a todos os lugares, uniformizando as decisões, garantindo assim uma igualdade formal e concomitantemente também material.

Não se podem ignorar as profundas injustiças que ainda permeiam a sociedade, cabendo não somente às mulheres, mas a toda sociedade, buscar cada vez mais leis, jurisprudências, que garantam além do mínimo, que garantam equidade.

Além do mais, não se pode menosprezar as conquistas até aqui, mas também se deve lembrar que a luta das mulheres está longe de acabar, pois ainda, mesmo com uma sociedade em constante evolução, os preceitos e pensamentos machistas têm grande força no núcleo social, afastando assim as mulheres dos centros de poder, da política, de cargos de altas posições e de liderança em geral.

Conclui-se, dessa forma, que é necessário repensar o direito constitucional e as diversas áreas da hermenêutica jurídica, questionando o porquê da escassez do sexo feminino em lugares tão importantes para decidir os rumos do país, da sociedade e de cada indivíduo isolado que venha necessitar de uma demanda judicial para garantir um

direito seu, como o caso do aborto e liberdade sexual. Questionar esses paradigmas faz com que cada vez mais se busque uma sociedade plural, justa e com igualdade.

Referências

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012.

AGÊNCIA BRASIL. IBGE: **Mulheres ganham menos que os homens mesmo sendo a maioria com ensino superior**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensinosuperior#:~:text=Isso%20significa%20que%20as%20mulheres,necessariamente%20no%20mercado%20de%20trabalho>. Acesso em: 15 abril 2020.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, democracy, and representation. **International Journal of Constitutional Law**. Ricerche Giuridiche, vol. 3, nº 2, 2014.

ALVES, Branca Moreira. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ANDRADE, Tânia. **Mulheres no mercado de trabalho: onde nasce a desigualdade?** Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/29160#:~:text=Mulheres%20no%20mercado%20de%20trabalho%3A%20onde%20nasce%20a%20desigualdade%3F&text=Faz%20um%20panorama%20da%20participa%C3%A7%C3%A3o,constante%20por%20equipara%C3%A7%C3%A3o%20de%20sal%C3%A1rios..> Acesso em: 15 abril 2020.

BAMBIRRA, Felipe Magalhaes; MARQUES, Milene de Souza. Mulheres, política e (sub) representação feminina: a ADI 5617 e as ações afirmativas para assegurar a participação feminina mínima nas casas legislativas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, set. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/12080/7667>. Acesso em: 19 set. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. 2014. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso: 10 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative and Enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n4/2179-8966-rdp-9-4-2171.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELÉM DO PARÁ. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 15 de maio de 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM**. Brasília: Ministério da Justiça, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 19/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 09 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 abril 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306/RJ**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 29 nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 143.641/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 20 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 abril 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5617/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 27 março 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, e revoga o decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 10 abril 2020.

BOTELHO, Louise Roedel de Lira; SCHERER Luciana. Mulheres no comando da gestão pública municipal na região das missões. **VIII Simpósio Iberoamericano-Anais**. Disponível em: <https://www.uffs.edu.br/campi/cerro-largo/repositorio-ccl/anais-viii-simposioiberoamericano-de-cooperacao-para-o-desenvolvimento-e-a-integracao-regional/mulheres-nocomando-da-gestao-publica-municipal-na-regiao-das-missoes>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CENTRO Universitário de Patos de Minas. **Manual para normatização de trabalhos acadêmicos**. 5. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2019.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. **Ata da 2ª Sessão Legislativa Extraordinária, da 51ª Legislatura**, realizada em 21 novembro de 2000, às 10 horas.

COSTA, Malena. **Feminismos jurídicos**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Minha luta pela igualdade**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13128\)Minha_luta_pela_igualdade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13128)Minha_luta_pela_igualdade.pdf). Acesso: 28 maio 2020.

FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. **Una constituyente feminista: ¿cómo reformar la constitución con perspectiva de género?** Madrid: Marcial Pons, 2017.

FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Movimentos feministas. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle. **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 3, p. 652-676, 2016.

GUSTAFSON, Jéssica. **Brasil caminha para liderar ranking mundial da violência contra mulher**. Catarinas, 2019. Disponível em: <https://catarinas.info/brasil-caminha-para-liderar-ranking-mundial-da-violencia-contra-mulher/>. Acesso em: 10 julho 2020.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

A CONTRIBUIÇÃO FEMINISTA PARA O PROCESSO DE (RE)DEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL E O PAPEL DO STF NA CONSTRUÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA

LIMA, Sérgio. Brasil é 140º em ranking de representação feminina no Legislativo. **Poder 360**. Brasília/DF, 8 de março de 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/brasil-e-140o-em-ranking-de-representacao-feminina-no-legislativo/#close-modal>. Acesso em: 19 set. 2020.

LIRA, Manuela e VELOSO, Ana. **A violência simbólica da mídia contra a mulher**. Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, PE. 2008. Disponível em: www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/.../R3-0536-1.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

MADERS, A. M.; ANGELIN, R. Os movimentos feministas e de mulheres e o combate aos conflitos de gênero no Brasil. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 13-31, jan./jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MONTANEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo feminista: evolucion de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. In: **CORTS VALENCIANES. Igualdad y democracia: el genero como categoria de analisis juridico**. Valencia: Corts Valencianes, 2014.

NOVAK, Bruna; SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPODIVM editora, 2019.

ONU BRASIL. **Direitos humanos das mulheres**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

REZENDE, D. L. **Qual o lugar reservado às mulheres?** Uma análise generificada de comissões legislativas na Argentina, no Brasil e no Uruguai. 2015. 186f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

SALVATTI, Ideli. **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Senado Federal; Plano Nacional de Cultura (PNC); Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC), 2010.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. O princípio da igualdade. **Âmbito Jurídico**. Vitória da Conquista/BA, 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade/>. Acesso em: 19 set. 2020.

SILVA, Jacilene Maria. **Feminismo na atualidade**: a formação da quarta onda. Recife: Independently published, 2019. *Ebook kindle*.

SORJ, Bila. Percepções sobre esferas separadas de gênero. *In: Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

TORRANO, Bruno. **Contra a 'Função Iluminista' do Supremo Tribunal Federal** (Against the 'Enlightenment Role' of Brazilian Supreme Court). Available at SSRN 2705223, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705223. Acesso: 10 de junho de 2020.

WOITOWICZ, Karina Janz; PEDRO, Joana Maria. O movimento feminista durante a ditadura militar no Brasil e no Chile: conjugando as lutas pela democracia política com o direito ao corpo. **Revista Espaço Plural**, Paraná, v. 10, n. 21, p. 43 – 55, jun. 2009.

A Democracia Militante como instrumento de preservação e fortalecimento do regime democrático

Militant Democracy as an instrument for the preservation and strengthening of the democratic regime

Paulo Miguel Lima Reis

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: pauloreis1999@outlook.com

Murillo Ricardo Silva Canella

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Professor do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: murilloricardo@unipam.edu.br

Resumo: A realidade nacional e a mundial, em que as democracias têm sido colocadas em risco por indivíduos ou movimentos adeptos de técnicas políticas subversivas, têm tornado necessário o debate acerca de maneiras para se preservar a integridade de Estados Democráticos, não permitindo que sejam dilapidados por ameaças surgentes. A fim de se ampliar a visão sobre o tema, a pesquisa contempla a análise da teoria da Democracia Militante e suas considerações, além da verificação de aplicabilidade dessa teoria à realidade nacional.

Palavras-chave: Democracia. Democracia Militante. Regime democrático. Democracia brasileira.

Abstract: Current national and world realities, in which democracies have been put at risk by individuals or movements adept of subversive political techniques, have brought about the need for debating ways to preserve the integrity of Democratic States, not allowing them to be dilapidated by such emerging threats. In order to broaden the view on the subject, this research contemplates the analysis of the Militant Democracy theory and its considerations, in addition to verifying the applicability of this theory to national reality.

Keywords: Democracy. Militant Democracy. Democratic regime. Brazilian democracy.

1 Considerações iniciais

A política brasileira tem passado por diversas transformações, mostrando-se plausível a afirmação de que se encontra, atualmente, em uma nova fase. Em especial, é perceptível a ascensão de extremismos políticos, marcados por manifestações que ferem o regime democrático.

Com a evolução dos meios de comunicação, os quais vêm se tornando populares e acessíveis, a disseminação de discursos antidemocráticos se mostra cada vez

mais recorrente. Esses discursos exercem influência direta na grande parcela da população, que, por vezes, não é capaz de filtrá-los à luz do Direito Constitucional e da Ciência Política.

Como consequência, a absorção em massa de declarações antidemocráticas resulta na reprodução de discursos subversivos propagados por figuras ou movimentos políticos, ou, ainda, na eventual eleição de candidatos que representam potencial ameaça à democracia nacional. Destarte, esses fatos interferem de maneira direta na manutenção do regime político pátrio.

A presente pesquisa, considerando esse quadro, propõe-se, essencialmente sob a ótica jurídica, à observação da atual situação do regime democrático brasileiro e a deterioração deste através de discursos e ações de caráter autoritário – incompatíveis com a democracia.

Partindo, pois, dessa premissa, levanta-se o seguinte problema: como coibir movimentos, candidatos ou detentores de cargos políticos que eventualmente configurem ameaça ao regime democrático – através do exercício de ideologias, discursos e condutas extremistas – sem dirimir valores e fundamentos da democracia e sem desconsiderar a liberdade do povo na escolha de seus representantes?

A partir desse questionamento, o estudo pretende analisar a teoria da Democracia Militante, proposta por Karl Loewenstein (1937), que preconiza que as democracias devem ser ativas, atuantes contra ameaças antidemocráticas. Pretende-se, ainda, verificar a aplicabilidade da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

2 Democracia

A Ciência Política, assim como outras ciências, subsiste a partir de constantes transformações e evoluções, as quais são imprescindíveis para que se estabeleça compatibilidade com a realidade social – também sujeita a essas metamorfoses. Em razão disso, é inconcebível precisar uma conceituação terminada de democracia, pois cada Estado é formado por um povo dotado de particularidades, necessidades e conflitos próprios.

O vocábulo “democracia” tem origem grega – assim como a própria ideia inicial de democracia – e advém da palavra *demokratia*, que pode ser etimologicamente dividida em: *demos* (povo) e *kratos* (poder). Desse modo, tem-se como significado “poder do povo” ou “governo do povo”.

Não obstante, para o filósofo grego Aristóteles, o conceito de democracia não deve se pautar unicamente na ideia de um governo em que seus rumos são definidos pelas vontades da maioria, mas, antes, em uma ideia de proteção das minorias (ARISTÓTELES, 2019). Nesse mesmo sentido, aduzem Souza Neto e Sarmiento:

[...] a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2019, p. 39)

Um governo erguido sobre os pilares da democracia, segundo os ensinamentos de Marilena Chaui (2000, p. 557), não preza simplesmente pela existência de uma unicidade de pensamento social, obtido através de um “meio-termo” entre os anseios majoritários e minoritários, mas se efetiva legitimando as divergências sociais existentes.

Sobre esse aspecto do regime político da democracia, escreve Chaui (2000, p. 558): “A democracia é a única forma política que considera o conflito legítimo e legal, permitindo que seja trabalhado politicamente pela própria sociedade”. Logo, o poder de decidir acerca dos conflitos sociais e políticos não se encontra meramente centralizado na figura do Estado, mas é dado ao povo, de maneira direta ou indireta.

Em relação à forma do Estado Democrático, conforme Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 300), ater-se à rigidez formal não garante a estabilidade de uma democracia, mas, contrariamente, impede que o Estado acompanhe as variações da realidade social do povo. Assim sendo, é observável a importância das circunstâncias fáticas, em detrimento de meras formalidades e, nessa lógica, afirma Marilena Chaui (2000, p. 558):

As ideias de igualdade e liberdade como direitos civis dos cidadãos vão muito além de sua regulamentação jurídica formal. Significam que os cidadãos são sujeitos de direitos e que, onde tais direitos não existam nem estejam garantidos, tem-se o direito de lutar por eles e exigí-los. É esse o cerne da democracia.

Por outro lado, é plausível afirmar que a subsistência da democracia pressupõe a existência de uma proteção jurídica. Essa proteção se dá, inicialmente, a partir da regulamentação constitucional dos valores democráticos, pelo fato de ser, a Constituição, regente de todo o ordenamento jurídico.

Um fato importante sobre a democracia é o seu destaque quando se compara com os demais regimes de governo existentes. É o regime em que o poder emana do povo que, de maneira direta ou indireta, detém o controle da soberania nacional.

3 A Constituição de 1988 e a Democracia no Brasil

Para compreender a realidade democrática brasileira atual, é imprescindível situar-se historicamente, compreendendo o contexto em que fora elaborada a Constituição da República de 1988, a Carta Maior, por ser esta a base, a primeira protetora das regras e dos valores democráticos pátrios.

Chamada de “Constituição Cidadã”, a Constituição de 1988 é considerada um marco histórico, pois sua promulgação, após o período obscuro da história nacional em que o Brasil experimentara um regime de exceção (1964 a 1985), é o principal símbolo do abandono ao regime autoritário rumo à democracia.

Merece ser mencionado o fato de que a atual Constituição da República foi elaborada como resultado de um anseio popular de “mudança”, de abandonar a realidade em que o regime militar regia os rumos do país e alcançar aquela em que a democracia seria uma realidade.

Assim, em 27 de novembro de 1985, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 26, com o objetivo de convocar a Assembleia Nacional Constituinte responsável pela elaboração da Constituição de 1988, sendo o clamor e a soberania popular, ali renascente, o fundamento de validade dessa convocação e manifestação de um poder constituinte originário. Nesse sentido, Souza Neto e Sarmento:

A Emenda nº 26/85 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 87/88, mas não o seu fundamento de validade. Esse repousava na vontade, presente na sociedade brasileira e evidenciada em movimentos como o das *Diretas Já*, de romper com o passado de autoritarismo e de fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2019, p. 158)

De maneira legítima, o povo brasileiro manifestou suas pretensões e, principalmente, o seu desejo pela redemocratização do país, por meio do desenvolvimento de uma nova constituição, que resguardasse todos esses anseios. Assim, “a Assembleia Constituinte ‘livre e soberana’ de 1987/88 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2019, p. 159).

Quanto ao conteúdo da Constituição Federal, têm-se previstas em seu corpo diversas disposições que poderiam, simplesmente, ter sido tratadas posteriormente, por meio de leis infraconstitucionais. Essa característica, em especial, é muito criticada e, por vezes, não analisada sob a ótica de seu contexto histórico.

Ocorre, pois, que o período em que o Brasil experimentara um regime autoritário – período mencionado anteriormente – exerceu clara influência sobre a elaboração da Constituição de 1988, que buscava erguer pilares para a construção de uma nova ordem democrática.

Com compreensão desse contexto, Flávia Lages de Castro, de maneira muito pertinente, pondera que “a lei maior parecia ser o lugar mais protegido que as conquistas democráticas poderiam ficar.” (2016, p. 562).

Assim, devido à existência da rigidez constitucional – que se caracteriza pelo fato de que modificações na Constituição não ocorrem com a mesma facilidade que em leis infraconstitucionais –, a Carta Magna abarca diversos conteúdos que, conforme a vontade do constituinte originário, nela devem permanecer protegidos.

Essa breve síntese possibilita, em suma, a visualização do contexto histórico em que fora estabelecida a atual ordem constitucional brasileira que, em sua essência, preza pela proteção à democracia.

4 Democracia Militante

Quanto ao constante surgimento de ameaças antidemocráticas ao redor de todo o mundo, tem se tornado recorrente a existência de debates que apreciam a teoria da Democracia Militante. Isso se deve ao fato de que vários Estados têm sofrido com a

ascensão de discursos totalitários, que colocam em risco a integridade de regimes democráticos.

Pelo fato de que a democracia tem como preceito fundamental a tolerância e a manutenção das liberdades, eventualmente a própria democracia se coloca em risco, pois até mesmo os discursos antidemocráticos são tolerados.

Sobre isso, Karl Loewenstein, o precursor da teoria da Democracia Militante, ensina: “A democracia e a tolerância democrática foram usadas para sua própria destruição. Sob a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, a máquina antidemocrática pode ser construída e acionada legalmente.” (LOEWENSTEIN, 1937, p. 423, tradução nossa)¹.

Nesse contexto, vale citar, também, o “paradoxo da tolerância”, de Karl Popper:

A tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até aqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância. — Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devemos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o *direito* de suprimi-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir a seus adeptos, por exemplo, que dêem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhos e pistolas. Deveremos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. (POPPER, 1974, p. 289)

É principalmente nesse contexto que surge a defesa da existência de uma democracia militante. A ordem democrática não pode se permitir ser dilapidada por aqueles que gozam de suas prerrogativas para participarem do jogo político, mas, estando nele, ignoram as regras e colocam em risco a existência da própria democracia.

Em relação a princípios e valores, é necessário destacar o princípio da legalidade, que se mostra basilar nas democracias atuais. Isto porque ameaças totalitárias operam respeitando esse princípio – ao menos inicialmente – e acabam obtendo espaço para se promoverem, atuando com a “licença” do próprio regime democrático, que, assim, se permite ser dilapidado.

Trata-se de mais um exemplo em que valores democráticos são usufruídos de maneira subversiva. Quanto a isso, dispõe Loewenstein, em seus ensinamentos:

¹ Democracy and democratic tolerance have been used for their own destruction. Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-democratic machine could be built up and set in motion legally.

As democracias são legalmente obrigadas a permitir o surgimento e a ascensão de partidos antiparlamentares e antidemocráticos, sob a condição de que se conformem externamente aos princípios da legalidade e do livre exercício da opinião pública. (LOEWENSTEIN, 1937, p. 424, tradução nossa)²

Diante dessas constatações, surge a reflexão acerca da possibilidade de limitação dos valores democráticos com vistas a coibir a extinção do próprio regime democrático. Com esse tipo de limitação, porém, seria impossível se estabelecer uma democracia plena. Eis aqui outro paradoxo.

Contudo, acerca desse pensamento, de que os fundamentos da democracia a impedem de coibir ameaças, ensina Loewenstein:

Demorou anos para romper o equívoco democrático de que o principal obstáculo à defesa contra o fascismo é o próprio fundamentalismo democrático. Democracia significa direitos fundamentais, jogo limpo para todas as opiniões, liberdade de expressão, reunião, imprensa. Como poderia se dirigir a restringi-los sem destruir a própria base de sua existência e justificativa? Por fim, porém, a autocomplacência legalista e a letargia suicida deram lugar a uma melhor compreensão das realidades. Um estudo mais aprofundado da técnica fascista levou à descoberta dos pontos vulneráveis do sistema democrático e de como protegê-los. Um elaborado corpo de legislação antifascista foi promulgado em todos os países democráticos. As disposições foram elaboradas precisamente para verificar as táticas emocionais particulares do fascismo. Passo a passo, cada dispositivo no qual se baseia o sucesso do fascismo foi recebido por uma disposição legislativa que o paralisou. Além disso, o fascismo como técnica foi o caminho de todos os artifícios puramente técnicos. Tornou-se estereotipado. Assim, podem ser tomadas precauções contra a repetição de fórmulas e padrões de ação que tiveram sucesso em outros países. (LOEWENSTEIN, 1937, p. 430, tradução nossa)³

² Democracies are legally bound to allow the emergence and rise of anti-parliamentarian and anti-democratic parties under the condition that they conform outwardly to the principles of legality and free play of public opinion.

³ It took years to break through the democratic misconception that the principal obstacle to defense against fascism is democratic fundamentalism itself. Democracy stands for fundamental rights, for fair play for all opinions, for free speech, assembly, press. How could it address itself to curtailing these without destroying the very basis of its existence and justification? At last, however, legalistic self-complacency and suicidal lethargy gave way to a better grasp of realities. A closer study of fascist technique led to discovery of the vulnerable spots in the democratic system, and of how to protect them. An elaborate body of anti-fascist legislation was enacted in all democratic countries. The provisions were drafted precisely for checking the particular emotional tactics of fascism. Step by step, each device on which the success of fascism is grounded was met by a legislative provision which crippled it. Furthermore, fascism as a technique went the way of all purely technical contrivances. It became stereotyped. Thus precaution could be taken against repetition of formulas and patterns of action which were successful in other countries.

Assim, o que se mostra essencial é identificar técnicas políticas utilizadas na tentativa de subverter os valores democráticos. Isso permite que sejam estabelecidos meios racionais para se combater essas técnicas – através da elaboração de legislações específicas ou através de outras medidas. Desse modo, a ordem democrática se mantém íntegra sem a necessidade de se vedar a existência de qualquer movimento político subversivo. Simplesmente a sua agressividade é paralisada, até que não represente risco ao regime democrático.

A partir dessa visão, reputa-se importante a afirmação de que as Democracias atuais devem se tornar ativas – de modo a se autopreservarem – e militantes em sua própria defesa para inibir, com êxito, ameaças totalitárias.

5 A aplicação da Teoria da Democracia Militante à realidade democrática brasileira

Como em diversos países do mundo, o Brasil foi e ainda é alvo de técnicas políticas, como as utilizadas pelo fascismo, que atacam e ignoram instituições e valores democráticos e se utilizam de emocionalismos para se captar apoio popular e chegar ao poder, de maneira autoritária.

Diante disso, para se discutir acerca da preservação e do fortalecimento do regime democrático, faz-se necessário pontuar algumas questões, que podem ser consideradas essenciais para o combate a ameaças antidemocráticas.

Primeiramente, é essencial analisar a existência de previsões legais, no ordenamento jurídico, com a função de proteger o Estado Democrático de Direito da ascensão de representantes políticos que figurem como forças antidemocráticas.

Após, é importante compreender como identificar, através de indícios e comportamentos, candidatos ou representantes políticos que podem colocar em risco a estabilidade da democracia nacional.

Finalmente, é preciso fomentar a criação de mecanismos para coletivizar a consciência da importância de se proteger os valores democráticos, essenciais na proteção do próprio Estado Democrático de Direito.

5.1 A legislação na proteção da democracia nacional

Como anteriormente constatado, a democracia preza pelo princípio da legalidade e subsiste observando os formalismos decorrentes desse princípio – questão que, de fato, é necessária para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Porém, por vezes, de maneira legal figuras antidemocráticas entram no jogo político e, participando dele, adquirem a capacidade de subverter e dilapidar valores democráticos.

Assim, é justificada a ênfase dada por Loewenstein – na teoria da Democracia Militante – à importância da elaboração de legislações que inibam não apenas intentos fascistas, mas, de qualquer tipo de movimento subversivo ou de qualquer grupo que se configure como prejudicial à subsistência da democracia.

No âmbito nacional, a Constituição Federal trouxe em seu corpo disposições com finalidade de proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais e, de modo amplo, proteção dos pilares do Estado Democrático de Direito. Essas disposições constitucionais culminaram na elaboração de leis que disciplinam de maneira específica algumas dessas proteções.

A Magna Carta, por exemplo, traz em seu artigo 5º, inciso XLII, a previsão de que a prática de racismo constitui crime – inafiançável e imprescritível –, sendo que tal previsão tem como escopo evitar qualquer tipo de segregação racial (BRASIL, 1988). A partir dessa previsão constitucional, foi elaborada a Lei nº 7.716 de 1989, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor.

A lei supracitada prevê a criminalização de diversas formas de segregação racial – prática essa que fere, claramente, valores democráticos. Porém, em seu artigo 20, §1º, criminaliza, também, a fabricação, a comercialização, a distribuição ou a veiculação de símbolos, objetos ou propagandas – dentre outros – que tenham como finalidade a divulgação da ideologia nazista (BRASIL, 1989).

Importante ressaltar, contudo, que tal previsão legal não criminaliza a divulgação de símbolos nem a veiculação de informações sobre o nazismo quando a finalidade é meramente informacional ou educativa – em livros de história ou artigos, por exemplo. Fala-se em crime quando há divulgação que tenha como finalidade apologia aos ideais nazistas.

Nota-se, nesse caso, um exemplo de legislação que tem como objetivo coibir a disseminação de doutrinas e ideologias subversivas que exploram o emocionalismo e se utilizam de símbolos, emblemas, dentre outros tipos de artifícios, para criar um senso de pertencimento e lealdade ao movimento e para propagarem-se, com ideais que ferem gravemente os pilares do Estado Democrático de Direito.

No artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem-se previsão da prática de tortura como sendo crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia e, com base nessa previsão constitucional, foi elaborada, para disciplinar tal conduta criminosa, a Lei nº 9.455 de 1997.

Acerca dessa prática criminosa desumana e atentatória à dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito previstos pela Constituição da República de 1988 –, é impossível deixar de associá-la ao contexto vivido pelo Brasil no período da Ditadura Militar entre 1964 e 1985. Assim, na realidade nacional, tais disposições legais visam impedir essa prática criminosa não apenas por parte de movimentos totalitários e antidemocráticos que possam surgir, mas também por parte de instituições estatais, como ocorrera historicamente, no período supratranscrito.

Ainda em relação ao artigo 5º da Constituição Brasileira, em seu inciso XLIV tem-se previsto como crime inafiançável e imprescritível “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.” (BRASIL, 1988). No inciso XVII desse mesmo artigo constitucional, tem-se, ainda, vedação à existência de associações de caráter paramilitar (BRASIL, 1988).

Além dessa disposição constitucional, a Lei nº 9.096 de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, em seu artigo 6º veda a possibilidade de um partido político ministrar instruções de caráter militar ou paramilitar, ou utilizar forças desse tipo, e veda, também,

nesse caso específico, o uso de uniformes para os membros (BRASIL, 1995). Vale citar, também, o artigo 288-A do Código Penal Vigente, que tipifica como conduta criminosa a constituição de milícia privada (BRASIL, 1940).

Observa-se, assim, mais um exemplo em que a legislação – de modo amplo – é utilizada para coibir táticas políticas antidemocráticas. Nesse último exemplo, impedir a criação de forças militares paralelas ao poder Estatal inviabiliza a ascensão de movimentos totalitários com poder para realizar um golpe paramilitar que vise tomar o poder e violar completamente o regime democrático.

Coibir, também, o uso de uniformes pelos membros de um partido, nesse contexto paramilitar, é mais uma clara obstrução legal a eventuais tentativas de se explorar artifícios para a criação de um senso de lealdade entre os adeptos de movimentos subversivos, fazendo com que utilizar-se de emocionalismos se torne uma tática inviável.

Esses são apenas alguns exemplos que ressaltam a importância da elaboração de leis atuantes na preservação da estabilidade de uma democracia. Cumpre reiterar que o objetivo dessas legislações não é proibir a criação de partidos ou movimentos – pois se trataria de uma violação à própria ordem democrática –, mas, impedir que, ao participarem do jogo político e gozarem de direitos e prerrogativas garantidas pelo ordenamento jurídico, utilizem-se de técnicas políticas que afrontem ou coloquem em risco o próprio regime democrático.

Acerca desses limites impostos pela legislação, dispõe Loewenstein:

Apesar dos sucessos eleitorais de movimentos fascistas em vários países, como a Tchecoslováquia, Bélgica e Holanda, os movimentos são mantidos pela legislação dentro dos limites dos partidos políticos normais, e se o fascismo não fugiu do controle em qualquer país democrático que adotou uma legislação antifascista, é porque a democracia finalmente se tornou militante. (LOEWENSTEIN, 1937, p. 431, tradução nossa)⁴

De modo geral, o ordenamento jurídico brasileiro atual seguiu o exemplo do mundo, investindo em legislações que têm como objetivo o combate a ameaças totalitárias. Contudo, o fato de ainda existir no Brasil a ascensão de políticos e de movimentos antidemocráticos – sendo que esses movimentos, por vezes, remanescem sob o apoio desses políticos – desperta a ideia de que a democracia nacional não se tornou militante a ponto de reprimir com eficiência aqueles que colocam em risco sua subsistência.

5.2 A ascensão de políticos antidemocráticos

⁴ In spite of the electoral successes of fascist movements in several countries, such as Czechoslovakia, Belgium, and the Netherlands, the movements are kept by legislation within the bounds of normal political parties, and if fascism did not get beyond control in any democratic country which adopted anti-fascist legislation, it is because democracy finally became militant.

Identificar políticos que representem ameaça à ordem democrática estabelecida é um passo essencial para evitar sua eleição, no caso de candidatos. Outrossim, a identificação de comportamentos subversivos em políticos já eleitos é, também, crucial para a preservação da ordem democrática, visto que determinados comportamento podem colocá-la em risco.

Embasados nas teorias de Juan Linz, cientista político, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, na obra “Como as Democracias Morrem” (2018), elaboraram um conjunto de sinais e indicadores que possibilitam o reconhecimento de políticos autoritários, através da observação da maneira como se comportam. As considerações a seguir serão fundamentadas nesses apontamentos.

Inicialmente, um comportamento característico de figuras autoritárias é a contestação ou desprezo pelas regras norteadoras da ordem democrática. Esse comportamento pode ser evidenciado quando a Constituição é desmerecida, quando é fomentada a ideia de ser justificável o descumprimento de disposições constitucionais estabelecidas ou até mesmo quando é apresentada a ideia de ser necessária a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, com a finalidade de elaborar uma nova Constituição.

Desqualificar o processo eleitoral, questionando com veemência sua legitimidade, configura também outro indicador. Aliás, nesse ponto, devem ser considerados também comportamentos como a rejeição de resultados, ou até mesmo a proposição de cancelamento das eleições.

Fazer apologia ou afirmar a necessidade de mudanças radicais no governo, com o emprego de forças militares para realização de um golpe de Estado, é outra conduta que revela indícios de autoritarismo. Ademais, deve-se observar a existência de incentivo a protestos ou manifestações que endossem, de maneira agressiva, discursos contra as instituições democráticas.

Outra evidência negativa é a sustentação de discursos que admitam qualquer tipo de limitação a direitos como os de participação na vida civil e política, ou, de maneira ampla, interfiram no pleno gozo dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela ordem constitucional.

Em relação à oposição política, a observação de alguns indícios pode ajudar a constatar a existência de comportamento autoritário. Um primeiro exemplo é a afirmação de que a oposição age de maneira ilegítima, com desrespeito às regras democráticas, ou até mesmo a classificação de seus oponentes como sendo um perigo à estabilidade nacional ou um risco à integridade interna.

Considerar oponentes políticos como criminosos, de maneira genérica, e sem qualquer embasamento consistente – como uma espécie de calúnia generalizada à oposição –, com o objetivo de desqualificar sua capacidade de participar do jogo político, é, também um considerável indicativo.

Um último indicativo, em relação a rivais políticos, é a afirmação infundada de que estes atuam associando-se de maneira secreta com governos estrangeiros, com vistas a explorá-los para a satisfação de interesses próprios ou objetivando a satisfação mútua de interesses, de modo prejudicial à integridade nacional.

Demonstrar, em comportamentos ou discursos, propensão ao uso de violência, exprime com clareza tendências totalitárias. Isso pode ser identificado, por exemplo, no

caso de determinado político possuir envolvimento com organizações que atuam de maneira ilícita e/ou violenta – como guerrilhas, grupos armados ou paramilitares, milícias privadas, dentre outros.

Estimular apoiadores a realizarem ataques coletivos à oposição ou consentir com ações dessa natureza, deixando de reprimi-las, também é prática que se inclui nesse tipo de comportamento, que revela anuência ou tendência ao uso de violências.

Outra conduta que revela inclinações autoritárias é o enaltecimento a figuras políticas que cometeram – historicamente – ou cometem violações à ordem democrática, a partir do emprego de medidas ou ações violentas, seja no âmbito nacional, seja em âmbito estrangeiro.

Por último, mas, não menos importante, é tendência antidemocrática à restrição da liberdade de criticar ou protestar contra o governo estabelecido – ou organizações pertencentes a ele. Aqui, não se trata apenas da liberdade de civis, mas, também, da mídia, sendo comum imposições punitivas com vistas a controlar os limites dessa liberdade.

Além disso, considera-se um indicador a postura de exaltar atos dessa natureza, quando tomados por outros governos, em momentos pretéritos, ou em países estrangeiros – tal postura revela clara predisposição à reprodução dos mesmos atos.

Constantemente os valores democráticos são desrespeitados, porém, por vezes pequenos comportamentos e discursos antidemocráticos deixam de ser reprimidos. A observação desses comportamentos permite identificar o quanto antes a existência de ameaças ao Estado Democrático de Direito e tomar medidas para impedir a ascensão de políticos com tendências subversivas.

Vale citar, também, o protagonismo dos partidos políticos, que representam a vontade do povo e, por isso, são tão importantes para a manutenção da democracia. Estes, ao identificarem indícios de autoritarismo em determinadas figuras políticas, podem inviabilizar sua candidatura. Podem, ainda, expulsar de seu corpo de filiados, políticos já eleitos, caso atuem desrespeitando os princípios e valores democráticos. Se não atuam de maneira consciente, os partidos colocam em risco sua própria existência.

5.3 A consciência democrática do povo

Na realidade democrática nacional, todo o poder emana do povo, direta ou indiretamente, sendo que essa constatação se encontra, de maneira expressa, na Constituição Federal, em seu artigo 1º, parágrafo único (BRASIL, 1988). Isto posto, é plausível afirmar que a consciência democrática do povo exerce influência sobre a manutenção e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Por meio do voto – como sendo o exercício do sufrágio –, o povo participa, indiretamente, da Soberania do país. Tal fato reforça a necessidade de que essa participação seja desempenhada da maneira mais consciente possível, pois tem a capacidade de impactar os rumos da democracia.

Para que haja tal consciência, é necessário que o povo detenha uma mínima compreensão do funcionamento da máquina Estatal, no que tange o funcionamento do processo eletivo, a atuação dos políticos e a forma como é exercido cada tipo de cargo.

Além disso, extremamente importante é a compreensão dos valores democráticos, pois são estes, garantidores da ordem nacional.

A realidade pátria quanto à educação, infelizmente, tem se mostrado insatisfatória, não havendo evoluções consideráveis nas áreas de conhecimento basilares como matemática, leitura e ciências. O Brasil simplesmente não tem apresentado progresso relevante na qualidade do ensino básico na última década. Tais conclusões se comprovam através de dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que se fundamentam nos resultados obtidos pelo Programa Internacional de Avaliação de Alunos (OECD, 2020).

Essa realidade demonstra a ausência de um sistema de educação capaz de conceder aos indivíduos uma formação intelectual de qualidade, ou até mesmo de capacitá-los para que desenvolvam, por si só, seu intelecto. Além disso, a educação básica é faltante em relação à ministração de conteúdos que possibilitem uma participação consciente à vida política.

Não se fala, nesse caso, da necessidade de se deter o domínio pleno de ciências jurídicas, mas da necessidade de o povo ser munido com conhecimentos essenciais, que norteiem suas decisões. Na grade estudantil do ensino básico não se tem componentes curriculares que contemplem, por exemplo, noções de Direito Constitucional e Ciência Política.

A retenção desses conhecimentos permite que o povo se distancie de um estado de aversão à política – por eventualmente não compreender, por exemplo, o funcionamento do jogo político e a maneira como se organizam cargos e instituições democráticas. Outrossim, viabiliza maior integração dos cidadãos nos debates acerca dos rumos da democracia, o que os possibilita fruir de seus direitos políticos de maneira mais consciente.

6 Considerações finais

A presente pesquisa não se limita a estabelecer soluções objetivas em seu conteúdo, mas objetiva fomentar o debate acerca da necessidade de preservação e fortalecimento da democracia ante à realidade nacional e a mundial, em que se percebem a ascensão de figuras e movimentos que desprezam ou desconsideram valores democráticos.

Observa-se, pois, a necessidade de se promover a manutenção e a elaboração de legislações com a finalidade de coibir técnicas políticas que, porventura, busquem desestabilizar a ordem democrática. Assim, de maneira racional, grupos ou movimentos que se utilizem de técnicas subversivas têm sua agressividade paralisada e se veem obrigados a seguir as regras do jogo político.

É imprescindível, também, adquirir a capacidade de identificar ameaças autoritárias e reprimir quaisquer tipos de comportamentos antidemocráticos, seja por parte de candidatos políticos, seja por parte daqueles que se elegeram, devendo todas as esferas do poder público se atentarem para esse tipo de conduta e utilizarem de suas prerrogativas para coibi-los.

Além disso, essa capacidade de identificação de comportamentos subversivos – e, por vezes a exposição destes como sendo uma ameaça – possibilita ao povo, no processo eleitoral, escolher seus representantes de maneira mais criteriosa e zelosa.

Porém, outro aspecto que precisa ser levado em consideração na realidade brasileira é a carência de um sistema educacional básico que propicie uma formação intelectual de qualidade aos cidadãos. Acerca disso, é evidente a necessidade de investimentos e de reestruturação do sistema de educação nacional, que se encontra em um nível abaixo da média mundial.

De maneira inicial, contudo, não é algo altamente custoso ao Estado a implementação de matérias nas grades curriculares do ensino básico que contemplem o estudo de noções gerais de Ciência Política e Direito Constitucional, o que proporcionaria a ampliação da consciência democrática dos cidadãos, incluindo-os nos debates acerca dos rumos da democracia nacional e capacitando-os de melhor maneira para gozarem de seus direitos políticos.

Por fim, a luta pela manutenção da democracia deve ser incessante, visto que as demais formas de governo, que a antecedem, se mostraram completamente falhas em relação às minorias, historicamente desconsideradas. Além de proteger as minorias de tiranias, a democracia é a única forma de governo em que o poder emana do povo.

De modo geral, o debate pela busca da manutenção e fortalecimento da ordem democrática é extremamente importante e precisa ser, cada vez mais, estimulado. É necessário, em síntese, que as democracias se tornem militantes, capazes de se sustentarem e se fortalecerem, mesmo sendo constantemente colocadas à prova.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. [S. l.]: Lebooks, 2019. E-book. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Arist%C3%B3teles-Pol%C3%ADtica-Cole%C3%A7%C3%A3o-Filosofia-ebook/dp/B07TBBWWVJ/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&crd=1SX66XVLM58YI&dchild=1&keywords=a+pol%C3%ADtica+arist%C3%B3teles&qid=1602920491&s=digital-text&sprefix=a+pol%C3%ADtica+a%2Cdigital-text%2C274&sr=1-1. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. 6. ed. rev. e ampl. Patos de Minas, 2019.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **American Political Science Review**, [S. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, jun. 1937. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1948164>. Acesso em: 16 out. 2020.

OECD. **DATA**. Disponível em: <https://data.oecd.org/brazil.htm#profile-education>. Acesso em: 16 out. 2020.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Itatiaia, 1974.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A eficácia dos Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica na aplicação do Sistema de Precedentes Judiciais

The effectiveness of the of Equality and Legal Security Principles in the application of the Judicial Precedents System

Alexandre Máximo Oliveira

Advogado e Professor do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM. Mestre em Direito.

E-mail: alexandremo@unipam.edu.br

Rômulo Miranda Ribeiro

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: romulomr2@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a forma de aplicação dos precedentes judiciais de acordo com o Código de Processo Civil de 2015 e a forma como eles concedem eficácia para o princípio constitucional da isonomia e da segurança jurídica. Inicialmente, busca-se conceituar os precedentes judiciais e demonstrar a importância conferida aos referidos princípios na aplicação dos precedentes. Posteriormente, apresenta-se um contexto histórico dos precedentes, abordando-se, de maneira sucinta, o Sistema *Common Law* e o Sistema *Civil Law*. Na sequência, são demonstrados os mais importantes aspectos teóricos do precedente, destacando-se a *ratio decidendi*. Por fim, apresentam-se quais são os precedentes de observância obrigatória e a forma de distinção e superação dos precedentes, para não gerar engessamento jurídico.

Palavras-chave: Precedentes. Decisões. Segurança jurídica. Isonomia. Código de Processo Civil de 2015.

Abstract: The present work aims to analyze the form of application of the judicial precedents according to the Code of Civil Procedure of 2015 and the way that they grant effectiveness to the constitutional principle of isonomy and legal security. Initially, it seeks to conceptualize the judicial precedents and demonstrate the importance given to those principles in the application of the precedents. Subsequently, a historical context of the precedents is presented, briefly addressing the Common Law System and the Civil Law System. Next, the most important theoretical aspects of the precedent are demonstrated, highlighting the *ratio decidendi*. Finally, it presents the precedents of mandatory observance and the way of distinguishing and overcoming the precedents, not to generate legal plaster.

Keywords: Precedents. Decisions. Legal certainty. Isonomy. 2015 Code of Civil Procedure.

1 Considerações iniciais

Um dos maiores desafios da atuação jurisdicional do Estado é garantir a satisfação daquele que provoca o Poder Judiciário para solucionar as suas demandas, ou seja, assegurar que o jurisdicionado tenha a sua lide julgada de forma célere e segura.

Com base nesse objetivo inicial, percebe-se que a simples utilização da lei codificada não seria suficiente para garantir aos cidadãos a solução das suas demandas. Por isso, embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha como base o sistema *civil law*, em que o processo legislativo é a fonte por excelência das normas jurídicas, diante da omissão do legislador brasileiro, somente a utilização da lei seria insuficiente para garantir a segurança a cada situação jurídica.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe alguns mecanismos para auxiliar os juízes na resolução dos casos concretos, destacando-se o sistema dos precedentes judiciais, que era uma característica típica do sistema *common law*.

Inicialmente, busca-se, no presente estudo, observar a efetividade conferida aos princípios da isonomia e da segurança jurídica na aplicação do sistema de precedentes judiciais, buscando-se compreender o significado de cada um deles.

Além disso, é necessário compreender os aspectos fundamentais dos precedentes judiciais, de forma a apresentar o seu conceito e distinguir a sua aplicação de *ratio decidendi*, jurisprudência e súmula, demonstrando-se que tais institutos não se confundem.

O trabalho também tem como objetivo analisar o sistema de precedentes obrigatórios, instituídos no Código de Processo Civil de 2015, examinando-se alguns dos institutos trazidos com ele, para produzir igualdade, coerência e estabilidade na ordem jurídica. São as técnicas conhecidas como *distinguishing* e *overruling*, isto é, distinção e superação dos precedentes.

Buscaram-se respostas para questionamentos sobre a efetiva contribuição dos precedentes para garantia da segurança jurídica e quais seus impactos na restrição da atuação decisória dos juízes de primeiro grau. E ainda, será que, de fato, tais decisões, proferidas como precedente obrigatório, contemplariam as necessidades individuais de cada processo.

Por fim, importante mencionar que a metodologia da pesquisa utilizada no trabalho foi a descritiva e a bibliográfica, observando-se o Código de Processo Civil de 2015, e ainda, utilizando-se de livros, artigos científicos, periódicos e dissertações que tratam sobre o tema.

2 Princípio relativos aos precedentes judiciais: Princípio da Isonomia e Princípio da Segurança Jurídica

Para que se possam analisar os princípios que norteiam o sistema de precedentes, é necessário primeiro conceituá-lo, para depois compreender a importância exercida pelos princípios.

Fredie Didier Jr. (2015, v. 2, p. 441) diz que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Nesse sentido, a utilização dos precedentes surge de um caso concreto, que será analisado, decidido e posteriormente a norma jurídica abstrata formulada nele será utilizada para a solução de casos idênticos futuros, garantindo que a norma jurídica seja utilizada de maneira igual e racional, assegurando a isonomia e a segurança jurídica.

Antes de expor especificamente os princípios norteadores do sistema de precedentes no Brasil, é necessário ressaltar que os princípios, de forma geral, servem de orientação e auxílio aos estudiosos do Direito durante suas análises diante da ordem jurídica. Além disso, possuem um papel de grande destaque frente ao exercício da atividade legislativa do Estado, tendo em vista que são os alicerces da norma, proferindo orientações e, algumas vezes, condicionando o legislativo.

Sendo o conhecimento dos princípios que embasa a interpretação de todo o ordenamento jurídico positivado, eles ocupam posição de destaque na ordem jurídica desde o momento da elaboração do elemento normativo até o instante de sua efetiva interpretação e posterior aplicabilidade.

Nesse sentido, Mello (2000, p. 68) define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Apesar de expressarem conteúdos abstratos e genéricos, os princípios direcionam o entendimento da ordem jurídica, uma vez que fundamentam todo o sistema jurídico. Dentre outras palavras, como bem frisa Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 76), “é muito importante pesquisar os seus princípios, visto serem eles o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas analisado”.

Dada essa primeira análise sobre os princípios, o presente trabalho não possui o objetivo de discorrer sobre todos os princípios que envolvem o Direito Processual Civil, mas tão somente sobre os princípios da isonomia e segurança jurídica, que são norteadores do Sistema de Precedentes Judiciais.

O princípio da isonomia é um norte necessário ao sistema de precedentes e está previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”).

O termo “lei” contido no texto constitucional deve ser interpretado como “norma jurídica”, ou seja, devem todos ser tratados como iguais, independentemente da norma jurídica ou de quem a emane (DIDIER JÚNIOR, 2015). Isso vale, claro, para decisões judiciais.

Em consonância com os dizeres de Moura (2016, *online*):

Há muito tempo que se parou de visualizar a isonomia meramente formal, onde todos seriam iguais perante a lei, buscando seu enquadramento material, onde o tratamento deve ser igualitário na medida das desigualdades. Atualmente, diante da teoria dos

precedentes, não se fala mais em isonomia perante a lei, mas frente ao Direito. Nesse sentido, a expressão lei, constante do art. 5º da CR/88, deve ser interpretada no sentido de norma jurídica, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane.

Quando se julgam casos que tratem da mesma situação jurídica, é necessário que se conceda decisões isonômicas, garantindo, dessa maneira, que as decisões judiciais não irão variar sem justificativa plausível, ou seja, sem devida fundamentação. Ademais, um caso já julgado gera legítima expectativa a outro com condições similares, de não ser surpreendido por decisão diversa.

Porém, no caso da justiça brasileira, não raras as vezes, chega a ser natural os casos iguais serem decididos por juízes e tribunais de maneira diferente, sendo que, em algumas vezes, o que é pior, o mesmo juiz confere solução distintas a casos iguais.

Partindo-se dessa ideia, criou-se o dito popular de que “justiça é loteria”, tornando-se desacreditada a função judicial e até mesmo gerando dúvidas acerca da imparcialidade do juiz.

Daí o princípio da isonomia surge como uma das maiores preocupações dos precedentes, uma vez que, firmado um entendimento na solução de determinado caso concreto, os juízes deverão aplicá-lo obrigatoriamente para os casos iguais, efetivando a igualdade do direito e da norma jurídica, prevista na Carta Magna de 1988 e retirando subjetividade e, às vezes, até mesmo a má-fé do julgador.

Por sua vez, o princípio da segurança jurídica constitui ideia de confiança e de igualdade, visando à garantia da previsibilidade do Direito. Esse princípio está atrelado ao Estado de Direito, uma vez que traz à sociedade certa tranquilidade em suas relações jurídicas, garantindo-se a previsibilidade de consequências jurídicas de forma clara e objetiva, ou seja, a sociedade não deverá ser surpreendida por atitudes arbitrárias do Estado nem de terceiros.

As normas deverão ser respeitadas integralmente e, apenas dessa forma, um Estado de Direito ganhará a credibilidade das pessoas e garantirá o mínimo de previsibilidade necessária para a vida em sociedade.

Nesse sentido, quando o próprio Estado mostra-se inseguro e contraditório, algumas vezes afirmando uma coisa e outras vezes declarando outra, mediante seus órgãos designados para aplicar o direito, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito. (MARINONI, 2019).

Além da falta de responsabilização social, a própria organização da sociedade é comprometida, pois se torna extremamente difícil orientar a sua vida, com base em um direito que é aplicado de forma contraditória ou que não pode ser identificado.

Nesse sentido, elucida Humberto Ávila (2012, p. 690): “Segurança jurídica é um princípio que se estabelece um estado cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade com o qual as autoridades devem promover na produção e na aplicação das normas jurídicas”.

Diante disso, tamanha é a orientação que o princípio da segurança jurídica exerce sobre os precedentes, pois, como será devidamente demonstrado e explicado

mais adiante, os precedentes têm o objetivo de uniformizar as decisões, a partir de determinado entendimento criado da análise de um caso concreto.

Portanto, uniformizado o entendimento do direito que será aplicado, a sociedade, no geral, terá condições de orientar as suas condutas sem o perigo de ser surpreendido por uma decisão inesperada, ou seja, de forma que não frustre um legítimo direito adquirido.

3 Contexto histórico dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro

No capítulo anterior, foram demonstradas a importância e a influência de determinados princípios no sistema de precedentes. Neste momento, passa-se a analisar o seu contexto histórico, a fim de entender a sua evolução e a sua forma de aplicação nos dias de hoje.

Na atualidade, os dois grandes sistemas jurídicos mais difundidos pelo mundo são o da *common law* e o da *civil law*. O sistema *common law*, ou direito comum, possui origem anglo-saxônica e a sua principal característica é que o direito é baseado em costumes e precedentes.

Para Wambier (2009, p. 2):

O *common law* era composto de costumes “geralmente observados pelos ingleses”. Esta é a origem do nome *common*, ou seja, as decisões dos conflitos eram baseadas nos costumes, enquanto hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes). Hoje os costumes só têm valor jurídico, se encampados por um precedente.

Percebe-se, a partir daí, que é um sistema que não possui como base a aplicação da lei escrita no caso concreto, mas as jurisprudências e as decisões adotadas em casos já julgados são utilizadas na solução dos casos futuros, formando-se os precedentes.

Já o sistema da *civil law*, conhecido como direito romano-germânico, teve origem na Europa Ocidental, no começo do século XIII, e, diferentemente do *common law*, utiliza como a principal fonte do direito a lei escrita, com normas escritas, publicadas e documentadas em diplomas próprios.

Sobre a lei ser a principal fonte do direito nos países regidos pelo sistema *civil law*, Assis (2017, *online*) elucida:

A norma possui um comando geral e abstrato, que possui o intuito de solucionar um gama de casos futuros, devendo o juiz, através de raciocínio lógico-dedutivo, interpretar a norma e aplicá-la no caso concreto. Via de regra, as decisões proferidas não produzem efeitos vinculantes valendo somente entre os litigantes, e por este motivo possuem papel secundário como fonte do Direito. Podem até influenciar normas de caráter geral, ou ter atribuída a si caráter vinculante, devendo ser observada em casos análogos futuros, mas não criam direito novo.

Tendo em vista que o Brasil foi colonizado por Portugal, que é um país europeu, teve grande influência do seu direito derivada dele, e, tradicionalmente, foi regido pelo sistema da *civil law*, modelo que a maioria da doutrina defende que o Brasil adota na atualidade.

Entretanto, diante da omissão do legislador brasileiro e levando em consideração a quantidade de ações realizadas no dia a dia, considerando ainda que a sociedade evolui antes do direito legislado e que o Judiciário não pode deixar de apreciar lesão ou ameaça de direito, nem mesmo fundamentando que não existe lei que aborda sobre o tema, mostrou-se insuficiente somente a utilização da lei para garantir a segurança e o Direito para cada situação jurídica.

Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro começou a utilizar-se de determinados mecanismos que eram típicos da *common law*, para ajudar na resolução dos casos concretos. Um dos mecanismos mais importantes adotados foi o dos precedentes judiciais. A seguir, será analisada a sua aplicação de acordo com o Código de Processo Civil de 2015.

4 Ponderações fundamentais sobre o sistema de precedentes judiciais

Para adentrar no assunto, necessário conceituar novamente os precedentes como uma decisão construída pelo órgão julgador a partir do exame de determinado caso concreto e que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes.

Na lição de Bueno (2020, p. 391), os precedentes são as decisões que possuem o objetivo de utilizar sua fundamentação na resolução de demandas futuras que apresentem questões idênticas:

[...] *precedentes* são e serão as decisões que, originárias dos julgamentos de casos concretos, inclusive pelas técnicas do art. 928, ou do incidente de assunção de competência, querem ser aplicadas também em casos futuros quando seu substrato fático e jurídico autorizar.

Em toda decisão judicial, o juiz precisa resolver um problema concreto, apresentando a sua solução na conclusão da decisão, entretanto, para apresentar a decisão, o juiz deve necessariamente fundamentá-la, para demonstrar na parte da fundamentação, que a sua solução possui respaldo no ordenamento jurídico. Portanto, na fundamentação, o juiz decidirá a norma jurídica geral utilizada como base para a solução de um problema concreto.

Dito isso, é importante salientar que é na fundamentação da decisão que se encontra o precedente, uma vez que ela se torna uma norma geral, construída a partir do caso concreto e que será utilizada para a solução de casos futuros semelhantes.

Extraí-se ainda que os precedentes possuem três elementos importantes, quais sejam, o elemento fático, já que nasce de um contexto fático que vai servir para compreender o significado do precedente; possui o elemento normativo, que define a norma geral, contida na fundamentação, conhecido como *ratio decidendi*; por fim, possui

o elemento argumentativo, pois ele é construído a partir do debate dos argumentos do caso.

A *ratio decidendi*, instituto clássico dos sistemas jurídicos de *common law*, é utilizada com o significado de certa forma de norma jurídica, ou seja, regra geral sem a qual o julgador não teria formulado sua decisão.

Para Macêdo (2014, n. p.):

Nos sistemas jurídicos de *common law*, a *ratio decidendi*, terminologia adotada predominantemente no direito inglês, ou *holding*, termo mais utilizado no direito norte-americano, refere-se às razões de decidir ou razões para a decisão, e configura sinônimo de norma jurídica. No direito brasileiro, o termo é utilizado como razões de decidir ou motivos determinantes pelo STF e pelo STJ.

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, a *ratio decidendi* é relacionada aos fundamentos centrais de certa decisão judicial, precedente ou não. Em outras palavras, é aquilo denominado como “razões para decidir” na formulação de sentenças e acórdãos.

Por fim, deve ser esclarecido que existe distinção entre a *ratio decidendi* de uma decisão comum e de uma decisão destinada a se tornar um precedente. Enquanto a razão de decidir, na primeira hipótese, está limitada aos fundamentos jurídicos e peculiaridades da realidade fática que o circunda, a segunda pode possuir, em acréscimo, considerações políticas, econômicas ou até morais, com objetivo de fundamentar a necessidade de sua aplicação a casos futuros de mesma natureza.

4.1 Diferença entre precedente, jurisprudência e súmula

Não raras as vezes, as definições de precedentes judiciais, jurisprudência e súmula são utilizadas de forma equivocada pelos juristas, fazendo confusão no momento de aplicar cada um deles. Muito disso se dá pela imprecisão conceitual de decisão judicial. Desde logo, esclarece-se que se trata de conceitos distintos, cada um com as suas peculiaridades e característica.

Precedente judicial foi devidamente conceituado anteriormente e, por sua vez, a jurisprudência nada mais é do que a reiterada aplicação de um precedente em determinado Tribunal.

Diante disso, Alexandre Câmara (2017, p. 433) diz:

[...] falar em precedente é falar de uma decisão determinada, qual serve de base para formação de outra decisão, proferida em processo posteriormente julgado. De outro lado, falar de jurisprudência é falar de conjunto de decisões formadoras de uma linha constante de entendimento acerca de determinado tema.

Corroborando esse sentido Alexandre Freire (2017, p. 67):

[...] um precedente judicial não traz a ideia de coletividade, de reunião de decisões harmônicas sobre determinada questão jurídica. Esse é o traço distintivo e característico do precedente judicial quando comparado à noção técnica e estrita de jurisprudência.

Por sua vez, segundo Bueno (2020, p. 389), súmula é um enunciado da jurisprudência dos Tribunais em razão da reiteração de decisões idênticas proferidas a partir de casos idênticos. Justamente por causa disso, Freddie Didier Jr. (2015) costuma dizer que o seu nome técnico é súmula da jurisprudência.

Ao editar enunciados de súmula (resumo de vários julgamentos de um tribunal sobre determinada matéria quando as decisões são no mesmo sentido), o tribunal deve ater-se às circunstâncias dos fatos em que os casos paradigma foram resolvidos, isto é, por quais razões foram decididos. Por regra a súmula identificará a *ratio decidendi*, que serviu de fundamento dos diversos casos que justificaram o enunciado representativo da jurisprudência sumulada.

A causa de decidir envolve necessariamente questões de direito e de fato; também as súmulas deverão retratar esses dois aspectos nos seus enunciados. É preciso considerar que, dentro de um julgado, senquadram-se vários tipos de raciocínio e argumento. Não são todos eles que se embasam na qualidade de precedente jurisprudencial; é de suma importância a tese nuclear que conduziu à conclusão do resolutivo de acolhimento ou rejeição da pretensão deduzida em juízo, é o que merece o tratamento de fundamento da decisão judicial.

Entretanto, buscar a origem do precedente é muito mais esclarecedor do que a súmula propriamente dita, uma vez que a súmula é um texto e, por isso, algumas vezes, podem gerar o mesmo problema interpretativo que acontece com a lei.

Nesse ponto de vista, Bueno (2020, n. p.) diz:

Elas, em si mesmas consideradas, revelam bem menos do que os seus “precedentes” têm capacidade de revelar. Até porque, como formulados invariavelmente em forma de enunciados, põe-se inafastável necessidade de interpretação de seus respectivos textos, o que, em rigor, aproxima-os das mesmas dificuldades hermenêuticas reservadas para a interpretação e aplicação das próprias leis e demais atos normativos que, para o direito brasileiro, são escritos.

Portanto, apesar da súmula ser um facilitador, por condensar os enunciados dos precedentes que se consolidaram em determinado Tribunal, ela expressa somente os pontos centrais da *ratio decidendi* do precedente. Para que não haja interpretação errada da súmula, é muito importante analisar na íntegra o precedente que gerou a jurisprudência sumulada.

5 Precedentes obrigatórios e a sua aplicação de acordo com o Código de Processo Civil de 2015

Feita a devida distinção entre precedente, jurisprudência, súmula e ratio decidendi, explicando ainda como é realizada a identificação dessa última no precedente judicial, passa-se a analisar quais são os precedentes de observância obrigatória pelos juízes no direito brasileiro.

Os precedentes que não são obrigatórios funcionam como um elemento de persuasão, ou seja, como um elemento argumentativo, enquanto, em relação ao precedente obrigatório, o juiz deve aplicar o entendimento formado pelo Tribunal sobre o caso determinado.

O Código de Processo Civil de 2015 confere singular importância ao sistema de precedentes, em busca de sua aplicação obrigatória e normatiza esse instituto em seus artigos 926 a 928.

No entendimento de Aquila (2016), o precedente judicial trazido pelo novo Código de Processo Civil nos remete a um processo judicial mais rápido e mais eficiente, o que é percebido de maneira explícita no artigo 926, ao relatar que deve ser uniformizada a jurisprudência, mantendo-se íntegra e coerente para que seu efeito seja duradouro.

Entretanto, não são todas as decisões proferidas por um tribunal que geram um precedente de observância obrigatória. O artigo 927 do Código de Processo Civil estabelece quais decisões geram precedentes de observância obrigatória.

São elas: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; as súmulas vinculantes; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Esse rol do artigo 927 não é taxativo, mas sim exemplificativo e é de observância obrigatória aos juízes e tribunais, e inclusive os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes, de forma a dar estabilidade e segurança ao sistema jurídico.

Monnerat (2019, pág. 57) trata esses precedentes como qualificados e diz o seguinte sobre eles:

Esses precedentes são qualificados não apenas pelo fato de serem vinculantes e por legitimarem cortes procedimentais, mas também porque os procedimentos previstos para sua formação são dotados de uma maior influência dos princípios do contraditório, da motivação e da publicidade.

Diante disso, é evidente a preocupação do legislador em tentar maximizar o contraditório, a motivação e a publicidade dos precedentes de observância obrigatória, justamente pelo fato de possuírem força vinculante.

Importante destacar que, em consonância com o artigo 489, §1º, incisos V e VI do Código de Processo Civil, embora um juiz esteja obrigado a aplicar o precedente obrigatório para um caso semelhante, ele ainda tem o dever de fundamentar suas decisões, interpretando o fato e explicando o porquê da incidência do precedente.

Considerar que uma decisão não foi fundamentada é algo muito grave e pode configurar uma nulidade, uma vez que o pronunciamento judicial não fundamentado fere tanto o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, quanto o art. 11 do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, mesmo quando existir um precedente para certo caso, deve ser assegurado o contraditório para a parte contrária que, por sua vez, terá um rol limitado de defesas cabíveis: prescrição, decadência, demonstrar que o caso é diferente (*distinguishing*) do caso paradigma não merecendo incidência do precedente ou que houve a superação (*overruling*) daquele entendimento.

Com isso, nota-se que o CPC apresenta vários mecanismos para dar efetividade ao sistema de precedentes visando garantir a celeridade nos julgamentos, isonomia nas decisões, previsibilidade e segurança jurídica em todo o processo.

5.1 Distinção e superação de um precedente

Em um sistema de precedentes judiciais não se pode imaginar a possibilidade de um precedente vigorar para sempre, sem a possibilidade de ser superado, pois causaria um engessamento jurídico e traria diversos transtornos à medida que não acompanhasse as evoluções e mudanças da sociedade.

Diante disso, existem duas técnicas muito importantes a serem aplicadas em um ordenamento que possui a pretensão de utilizar o sistema de precedentes judiciais: a distinção (*distinguish*) e a superação (*overruling*) de um precedente.

A distinção é a comparação entre o caso concreto e o paradigma, nome dado ao precedente utilizado como referência, que permite ao magistrado deixar de aplicar o paradigma em virtude da existência de alguma distinção entre o caso concreto e o precedente.

Conforme preleciona Daniel Assumpção Neves (2016, p. 1818), nessa hipótese a aplicação do precedente será excluída em razão de “determinadas peculiaridades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para outros processos”.

Portanto, devidamente fundamentado pelo juiz ou tribunal e demonstrado que o caso concreto e o caso paradigma são distintos, o precedente somente não vai ser utilizado naquele determinado caso concreto, entretanto o precedente continuará tendo aplicação nos casos idênticos ao da sua criação.

Por sua vez, ao conceituar a superação (*overruling*), Fredie Didier Jr. (2015, p. 494) usa simples palavras ao dizer que “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”.

Diante disso, é possível a evolução do sistema ao trazer a possibilidade de superação de um precedente. Retira-lhe, então, os efeitos vinculativos e substitui-os por outro sobre o mesmo objeto em julgamento. (PEIXOTO 2016, p. 170).

Percebe-se, a partir daí, que, no caso da superação de precedente, trata-se de uma mudança no direito, uma vez que a norma jurídica que estava vigente passa a ser inadmitida diante da nova interpretação dada pelo Tribunal.

Importante ainda destacar que, de acordo com Peixoto (2016, p. 171), “apenas a corte competente para fixar aquele entendimento ou a corte a ela superior poderá alterá-lo.”

Observando ainda o disposto no §3º e 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, a regra é a de que a modificação do precedente tem eficácia temporal prospectiva. Porém pode haver modulação no caso concreto para assegurar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e isonomia.

Mais uma vez o Código de Processo Civil se preocupa em efetivar os princípios da segurança jurídica na aplicação dos precedentes, pois, no momento da sua superação, pode haver a modulação temporal dos seus efeitos, a depender do caso, para não frustrar legítimo direito adquirido.

Portanto, diante de tais técnicas, percebe-se que os precedentes judiciais não possuem a função de “engessar” os entendimentos jurídicos de um ordenamento, e, assim, mesmo que se destinem à uniformização do pensamento decisório, estão sujeitos a mudanças, parciais ou totais, conforme exija a postura social em determinado tempo e lugar.

6 Considerações finais

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe mecanismos para auxiliar os juízes na solução dos casos concretos, com destaque para os precedentes judiciais. O referido Código preocupou-se com a aplicação dos precedentes, promovendo um sistema de maior respeito às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, de forma a uniformizar o entendimento adotado nos casos concretos, gerando mais responsabilidade na fundamentação das decisões.

A partir do momento que o julgador deve obrigatoriamente analisar os precedentes judiciais invocados pela parte, para fundamentar que os casos são iguais e, por isso, devem ter a mesma decisão ou que os casos não se assemelham e, diante disso, podem ter decisões diferentes, efetiva-se tanto o princípio da isonomia quanto o da segurança jurídica.

Diante disso, o direito deve ser aplicado de forma racional e igualitária, permitindo ainda que os cidadãos tenham previsibilidade na aplicação do direito, para não serem surpreendidos e saibam quais condutas podem ou não praticar.

Além disso, diante das técnicas que foram apresentadas, da distinção e da superação dos precedentes, o sistema jurídico não fica engessado, e o precedente pode deixar de ser aplicado por ser diferente do caso concreto em análise ou pode ser superado, permitindo a evolução do sistema e, dessa forma, o direito consegue acompanhar as mudanças da sociedade.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, os precedentes servem para aprimorar o sistema processual e contribuem efetivamente para a eficácia da isonomia, da segurança jurídica, da previsibilidade e da celeridade processual.

Referências

AQUILA, Vitória. **A importância dos precedentes e da jurisprudência no regime recursal do novo CPC**. 2016. Disponível em: <https://aquilavitoria12.jusbrasil.com.br/artigos/357907874/a-importancia-dosprecedentes-e-da-jurisprudencia-no-regime-recursal-do-novo-cpc>. Acesso em: 25 jul. 2020.

ASSIS, Efraim Felipe de. **O sistema de precedentes obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. 2017. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/1142>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. 2 v.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalho acadêmico-científicos**. 5. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: volume 2**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precedente#_ftn7. Acesso em: 11 set. 2020.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidades. *In*: NUNES, Dierle *et al* (coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GALLO, Lucas Albanez Gallo. **A sistematização dos precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduo1.com.br/handle/123456789/1142>. Acesso em: 28 jul. 2020.

INSTITUTO DE ESTUDO AVANÇADOS EM DIREITO. **Técnicas de superação de precedentes no novo CPC em face ao princípio da segurança jurídica**. Disponível em <https://blog.sajadv.com.br/superacao-de-precedentes/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: file:///C:/Users/mathe/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito__algumas_consideracoes_sob_a_otica_do_novo_cpc.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

MACÊDO, Lucas Buri1 de. Contribuições para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista dos Tribunais Online**, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONNERAT, Fabio Victor Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MOURA, Luis Henrique Damasceno de. **Segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,seguranca-juridica-e-previsibilidade-dasdecisoes-judiciais,56397.html>. Acesso em: 21 jun. 2020.

NEVES, Daniel A. A. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PEIXOTO, Ravi M. **Superação do precedente e segurança jurídica: conforme novo CPC**. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PEREA, Nayara Moreno. **Precedentes obrigatórios no NCPC**. Disponível em <https://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/333622401/precedentes-obrigatorios-no-ncpc>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SANTOS, Sara Celina Soares. **Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e a sua aplicação à luz do Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduo1.com.br/bitstream/123456789/1595/1/Artigo%20Cient%3%adfico-%20SARA%20CELINA%20SOARES%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. II. São Paulo: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v.172, p. 121. 2009.

ZYSKO, Keli. **Precedentes Judiciais**: uma segurança necessária?. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5619/KELI%20ZYSKO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 ago. 2020.

A influência das plataformas digitais na democracia mundial e o problema das *fake news*

The influence of digital platforms in worldwide democracy and the fake news

Arthur Pinheiro Basan

Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre e Bacharel em Direito pela UFU. Professor da UniRV.

E-mail: arthurbasan@hotmail.com

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Bacharel em Direito pela UFU. Professor da Unetri. Advogado.

E-mail: gabrieloab@outlook.com

Adriano Fernandes Faria

Bacharelando em Direito pela UFU.

E-mail: adrianonacional@gmail.com

Resumo: O presente trabalho almeja discutir a influência das plataformas digitais no processo democrático, por meio de movimentos sociais surgidos nas redes sociais e pelos partidos digitais. Também será realizada uma análise acerca da questão das notícias fraudulentas e sua fácil propagação na Internet, o que pode ter impacto negativo na democracia.

Palavras-chave: Partidos digitais. Movimentos sociais. Notícias fraudulentas.

Abstract: This work aims to discuss the influence of digital platforms in the democratic process, through social movements emerged from social networks and the digital parties. In addition, the work shall analyze the issue of the fake news and their easy spread on Internet, which may have a negative impact on democracy.

Keywords: Digital parties. Social movements. *Fake news*.

1 Considerações iniciais

É inegável que o desenvolvimento e o aprimoramento das Tecnologias de Informação e Comunicação promoveram fortes impactos em diversos setores da sociedade. Evidentemente, o advento do mundo digital carrega consigo inúmeras novas possibilidades de relações sociais, notadamente por meio das denominadas redes sociais, o que gera mudanças inclusive na forma do agir político dos cidadãos.

Partindo disso, é possível notar que o ambiente da Internet possibilita novas ferramentas para o exercício dos atos de cidadania, especialmente diante da possibilidade de discussões, reuniões, organizações e outras ações sociais com

finalidades predominantemente políticas. Trata-se, portanto, de tema atual e relevante, afinal, não há como negar, no presente contexto, a influência das plataformas digitais nas democracias.

Ocorre que, do mesmo modo que os instrumentos tecnológicos e a aproximação social permitida pelas plataformas digitais ampliam as possibilidades de organizações políticas, surgem novos problemas a partir das informações falsas dolosamente compartilhadas, as denominadas *fake news*. Isso porque, em razão da grande difusão de informações no ambiente virtual, uma mensagem falsa criada de maneira dolosa pode gerar consequências negativas de proporções incalculáveis, inclusive expondo em risco o próprio regime democrático.

Com base nisso, a problemática desenhada no presente artigo parte da seguinte questão: no atual contexto brasileiro, de que modo a participação política através das mídias digitais é prejudicada pela proliferação das *fake news*? Partindo do problema exposto, pretende-se, como objetivo geral, apontar como as plataformas digitais estão influenciando as ações políticas, notadamente por meio dos movimentos sociais organizados pelas redes sociais, muitas vezes através de mensagens falsas, o que demanda uma análise mais aprofundada desse fenômeno.

Além disso, o texto foi elaborado com os seguintes objetivos específicos: i) analisar os acontecimentos históricos dos últimos anos que apontam para a organização política através de plataformas digitais; ii) relacionar os problemas abordados com a obra “*Digital Party*” de Paolo Gerbaudo com destaque para a evolução de partidos digitais na Europa e suas plataformas de tomada de decisão; e iii) debater a influência das plataformas digitais na democracia atual, com recorte específico sobre a ideia de “pós-verdade”.

Sendo assim, o presente trabalho pretende avaliar movimentos populares que eclodiram no mundo a partir de 2011 no mundo árabe, na Europa e no Brasil. A primeira hipótese de trabalho é de que exista entre esses movimentos uma relação, se não de ideologia social ou política, pelo menos de meio, ou seja, o uso de ferramentas digitais como meio de convocação em massa para manifestações públicas e a posterior criação de líderes e partidos políticos com base de sustentação nos mesmos atores sociais participantes das manifestações.

A segunda hipótese é de que esses partidos sejam capazes de alimentar a crença de que o uso de tecnologias digitais possa resolver o problema do déficit democrático que afastou da política os cidadãos comuns em todo o mundo, na mesma medida em que podem manipular a opinião dos seus seguidores através da democracia digital deliberativa dirigida a propósitos específicos, mitigando intenções populares legítimas, distorcendo resultados, implantando ideologias e conduzindo à pós-verdade, por meio das denominadas *fake news*.

O artigo é teórico e adotou método de abordagem indutivo. Quanto ao procedimento, os métodos utilizados foram o histórico e o comparativo. Para melhor adequação metodológica, o texto foi dividido em três partes: em um primeiro momento, apresentaram-se importantes movimentos sociais organizados por meio de plataformas digitais. Logo em seguida, demonstrou-se a ideia de partidos digitais, bem como os nuances relacionados ao tema. Por fim, apresentou-se a influência das plataformas digitais no atual contexto democrático, criticando o problema das *fake news*.

2 A recente eclosão dos movimentos sociais pelo mundo

2.1 A Primavera Árabe

A Primavera Árabe – termo consagrado nas mídias ocidentais após incidentes que eclodiram logo após o ato de autoimolação de Mohamed Bouazizi¹ na Tunísia em dezembro de 2010 – pode ser descrita, em apertada síntese, como uma série de revoltas populares no Oriente Médio e no Norte da África com desdobramentos históricos para estas e várias outras regiões do mundo. Associadas a lutas pelo fim da repressão de governos autoritários e corruptos, em prol da democracia, liberdade e por melhores condições de vida, as revoltas populares em massa se alastraram e produziram efeitos particulares em diferentes países. Se, por um lado, países como a Tunísia conseguiram avançar na conquista de direitos humanos, com modelo de transição política democrática bem sucedida, outros ainda enfrentam conflitos e instabilidades de toda ordem, sem perspectivas de solução próxima e até mesmo com violentas revoltas armadas, como no caso da eclosão de guerras civis na Síria, Líbia e no Iêmen².

Dentre as redes sociais disponíveis à época, a mais importante para potencializar as manifestações árabes foi a conhecida plataforma do Facebook, criada por Mark Zuckerberg. Segundo Salem e Mourtada (2011) conforme citado por Bartkowiak (2017, p. 74),

O número de usuários do Facebook em Janeiro de 2010 era de 11.978.300 de pessoas, passando para 21.361.863 em dezembro de 2010. Isso significa um aumento de 78% do início do ano até a época em que se teve o início da Primavera Árabe. [...]. O Facebook é uma rede social, cuja maioria dos usuários está na faixa etária de 15 aos 29 anos.

¹ Mohamed Bouazizi (1984-2011) não era nenhum revolucionário incendiário, mas sim um jovem desempregado que sustentava uma família de oito pessoas com a venda ambulante de frutas e legumes no município de Sidi Bouzid, no centro da Tunísia. No dia 17 de dezembro de 2010, ao sair para vender seus produtos, Mohamed foi abordado por inspetores do governo que exigiram propina para que ele continuasse com as vendas, já que, segundo eles, o jovem não possuía autorização para a venda. Como se recusou a pagar, teve seus produtos apreendidos e foi humilhado publicamente. Na tentativa de reaver seus produtos, tentou uma audiência com o governador local, mas o governador se recusou a recebê-lo. Enfurecido, Bouazizi comprou gasolina e ateou fogo ao seu corpo na frente do escritório do governador. Com queimaduras em 90% do corpo, acabou morrendo no dia 04 de janeiro de 2011. O que ele nunca imaginou foi que seu ato seria a fagulha para a Primavera Árabe. Para saber mais sobre a biografia de Mohamed Bouazizi ver o material produzido pela Enciclopédia Britannica. Em artigo recentemente revisado e atualizado por Noah Tesch.

² No Iêmen, a Guerra Civil que se estende até a data de publicação deste artigo, tem alcunha de “a Guerra esquecida do Oriente Médio”, uma vez que os holofotes internacionais têm destacado especialmente a Guerra na Síria e os conflitos no Iraque. Considerado o país Árabe mais pobre do mundo, atualmente o Iêmen é marcado por enorme instabilidade, crise humanitária e exposto a violações de direitos humanos. Em setembro de 2019, especialistas da ONU chamaram a atenção para a possibilidade da ocorrência de crimes de guerra no país.

Esses números nos dão o indício de que o interesse pela plataforma de Zuckerberg por jovens teve uma estreita relação com a organização de manifestações presenciais em massa que se espalharam por outros países, após os incidentes da Tunísia. Destaque especial deve ser dado às grandes mobilizações no Egito, a partir de 25 de janeiro de 2011, com milhares de pessoas reunidas na praça Tahrir³ – transformada numa espécie de Ágora da Grécia antiga com cidadãos das mais variadas matizes, de operários a professores universitários – exigindo a renúncia do presidente Hosni Mubarak, que estava no poder havia 30 anos. E mais uma vez o uso de ferramentas digitais foi crucial, a ponto de o governo egípcio, numa desesperada tentativa de conter o avanço dos protestos, bloquear a Internet. Como alternativa tecnológica, nos primeiros dias de fevereiro, a empresa *SayNow* abriu a possibilidade de qualquer pessoa fazer uma postagem no Twitter, deixando uma mensagem de voz em três números telefônicos, de tal modo que a mensagem era instantaneamente convertida em texto e disponibilizado no Twitter na conta “#egypt” (SANTOS, 2011).

Apesar de a Primavera Árabe não ter alcançado em todos os países envolvidos os triunfos esperados pelos manifestantes, como alternativas aos regimes autoritários, menor repressão dos regimes autoritários e mais liberdade, foi encontrada uma forma rápida e eficiente para que o ideário das revoltas civis pudesse passar de uma cidade para outra e até mesmo de um país para outro: o uso das redes sociais⁴.

2.2 O Movimento de 15 de maio de 2011 na Espanha

A crise econômica deflagrada devido às hipotecas no mercado imobiliário dos Estados Unidos em 2008 e apontada por muitos como a pior crise desde a Grande Depressão de 1929 não ficou restrita apenas aos limites geográficos daquele país, ao contrário, afetou todo arcabouço financeiro mundial, inclusive do outro lado do Oceano Atlântico. Como descreve Previdelli (2016, *online*):

Já no caso europeu, a partir de 2009, a crise deixaria de ser uma turbulência de mercados especulativos, mudando até de nome para Crise das Dívidas Soberanas⁵, passando a afetar milhões de cidadãos do velho continente. Estes viram seus sistemas de educação, saúde e segurança social sofrerem cortes que os tornaram ineficientes. A própria constatação de ineficiência serviria como justificativa para a privatização dos mesmos. O desemprego e a exclusão social resultantes desse processo aumentaram.

A privação de condições básicas para subsistência em meio a um cenário de crise mundial foi o fermento social para que insatisfações coletivas aflorassem, e a ferramenta primeira para a confluência de manifestações, foi a Internet.

³ Em árabe, Tahrir quer dizer “libertação”.

⁴ Para informações mais aprofundadas e detalhadas, pode-se consultar: “A Primavera Árabe e as Redes Sociais”, (BARTKOWIAK, 2017).

⁵ A denominação “Crise das Dívidas Soberanas” é associada às dívidas internas ou externas dos países.

Com o agravamento da crise na zona do Euro em 2011, a Espanha mergulhou numa crise econômica sem precedentes, com índices de desemprego acima dos 20% da população economicamente ativa e, com desemprego juvenil acima de 45% – segundo o que anunciou naquele mesmo ano o Instituto Nacional de Estatísticas (INE). O ambiente de descontentamento rapidamente transformou-se em revolta, e o momento para materialização do sentimento coletivo pareceu óbvio: as eleições municipais de 22 de maio.

Nesse contexto, surgiram vários manifestos organizados na Internet, como o “#NOLESVOTES” (Não vote neles) – escancarando o cenário de corrupção política espanhola – e o “Democracia Real YA!” (Democracia Real Já) – que trazia como lema: “Não somos mercadorias nas mãos de políticos e banqueiros”. Rapidamente, vários outros movimentos se juntaram a esses e, então, uma manifestação nacional foi marcada para o dia 15 de maio de 2011 (15-M), com apoio inclusive das centrais sindicais. A mobilização virtual foi um sucesso, levando dezenas de milhares de pessoas às ruas em Madrid, Barcelona e em outras cidades. A *Puerta do Sol* (Praça Porta do Sol) em Madrid transformou-se, então, no símbolo do movimento e epicentro da crise espanhola, ficando ocupada por várias semanas. Nascia, assim, mais um movimento com impulsionamento das redes sociais: “Acampadas”.

Com a premissa de ser um movimento sem líderes, mas com regras que passavam pela proibição de palavrões, desaconselhando uso de álcool, recusa à drogas, não-violência como princípio e debates intensos organizados em assembleias, o movimento das “Acampadas” tornou-se cada vez mais sólido e descentralizado, com discussões que saíram das praças e se alastraram por bairros e universidades. Tamanho foi o grau de organização e lastro do movimento que, no dia 25 de maio a “AcampadaSol”⁶ (Acampada da Porta do Sol) produziu um documento com síntese de propostas tiradas em assembleias. E o movimento prometia não terminar com o fim das ocupações, como bem predisse Castells (2011, *online*):

Poderão sair das praças, para voltar periodicamente a elas, mas não sairão das redes sociais e das mentes daqueles que nelas participam. Já não estão sozinhos e perderam o medo. Porque descobriram novas formas de organização, participação e mobilização que saíram dos canais tradicionais, dos quais uma parte da sociedade, e a maioria dos jovens, desconfia. Os partidos e as instituições terão também de aprender a viver com esta sociedade civil emergente. Se não, ir-se-ão esvaziando a partir de dentro à medida que os cidadãos forem passando das Wikiacampadas a essa democracia em rede, ainda por descobrir numa prática coletiva que tem a sua raiz em cada pessoa.

Interessante perceber como o público pertencente às mobilizações era diverso, com pessoas de idades variadas, vindos de diferentes classes sociais e com diferentes

⁶ Para ler mais sobre o documento com reivindicações tiradas em assembleia, acessar o artigo do jornal *La Vanguardia* (CASTELLS, 2011). No artigo, o sociólogo usa o termo “*wikiacampadas*” numa referência ao movimento que teve articulação pelas redes sociais e se espalhou pela Espanha: <https://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20110528/54160922879/wikiacampadas.html>.

indignações. Mais curiosa ainda a ausência de líderes: “Se alguém pretendia ser líder, a acampada desautorizava-o [...] decidiu-se que cada pessoa representava a si mesma” (CASTELLS, 2011, online). Muito provavelmente nos anos e décadas próximas, vários estudiosos estarão debruçados sobre essa contradição: as pessoas descobriram, com o auxílio de ferramentas digitais, novas maneiras de se juntar, de reivindicar de maneira coletiva, mas, em contrapartida, mantêm-se presas a interesses individuais.

2.3 As Jornadas de Junho de 2013 no Brasil

O ano de 2013 foi marcado por várias contradições no Brasil. Se, por um lado, havia uma expectativa positiva em relação aos preparativos para dois eventos esportivos de grande expressão – a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 – e com obras de infraestrutura avançando especialmente nas capitais brasileiras, por outro, protestos contra o aumento do passe de ônibus deram início a uma série de eventos que corroeram a estabilidade almejada no país.

Assim como no caso das experiências árabe e espanhola, as ferramentas para a convocação das manifestações de junho de 2013 foram as redes sociais e alçaram ao conhecimento público o Movimento Passe Livre (MPL)⁷. Nascido em Porto Alegre durante o V Fórum Social Mundial, o movimento fora influenciado por protestos relacionados aos preços das tarifas do transporte público ocorridos em Salvador no ano de 2003 no movimento que ficou conhecido como “A Revolta do Buzu” e em Florianópolis no ano de 2004 no movimento “A Revolta da Catraca”.

Apesar de o movimento reivindicatório ganhar a atenção das grandes mídias televisivas e impressas apenas quando avançou para o eixo Rio-São Paulo, as manifestações também ocorreram em outras cidades e capitais, com destaque para as capitais dos estados do Rio Grande do Norte, do Rio Grande do Sul e de Goiás: Natal, Porto Alegre e Goiânia, respectivamente. No dia 06 de junho de 2013, com cerca de dois mil manifestantes nas ruas da capital paulista e o fechamento de importantes vias, o MPL ganhava pela primeira vez os holofotes midiáticos, em certa medida devido à forte violência policial utilizada para dispersar o ato. Todo o uso do aparato estatal de repressão não serviu para intimidar os manifestantes, ao contrário, incentivou-os a novo ato no dia seguinte, agora com mais adesões e bloqueio de uma das mais importantes vias expressas de São Paulo, a Marginal Pinheiro. E dessa vez, a repressão da polícia encontrou resistência: um grupo de militantes do *Black Bloc* (Bloco Negro)⁸ respondeu à violência com violência, com atos de vandalismo e depredação do patrimônio público, suficientes para começar a provocar fissuras internas no movimento e deixar a opinião pública dividida. A ação desse grupo de militantes possuidor de uma estética própria – sempre com o rosto encoberto por máscaras – não foi restrita às manifestações de rua brasileiras e, por esse motivo, chegou a alimentar debates sobre a real independência do

⁷ Para um conhecimento mais aprofundado, acessar a carta de princípios do Movimento Passe Livre (MPL) disponível em: <https://saopaulo.mpl.org.br/apresentacao/carta-de-principios/#mobile-header-left-nav>.

⁸ O *Black Bloc* é uma tática urbana, uma espécie de manobra dentro de manifestações para garantir a defesa dos manifestantes contra a repressão policial.

Movimento do Passe Livre. Segundo Boidy (2016, *online*, tradução nossa) o grupo teve sua origem

nos círculos anarquistas e autônomos da antiga Alemanha Ocidental durante os anos 80, rapidamente se tornou objeto de disseminação transnacional. Importado para os Estados Unidos desde o início dos anos 90 por correntes políticas opostas ao compromisso militar americano durante a Primeira Guerra do Golfo, foi reinvestido mais recentemente pelos revolucionários egípcios durante a "Primavera Árabe" de 2011, e durante os movimentos sociais que agitaram o Brasil em 2013.⁹

De acordo com Judensnaider (2013), conforme citado por Espírito Santo (2014, p. 31), o próximo ato de rua contou com a participação de outro grupo de atuação internacional, o *Anonymous*, que invadiu o site da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo e deixou mensagem de convocação. Ainda segundo Espírito Santo (2014, p. 31):

O *Anonymous* ficou internacionalmente conhecido em 2008 quando declarou guerra contra a cientologia. Contudo, a partir de 2011 o grupo ganhou um caráter mais politizado, tendo forte participação no movimento Occupy, na Primavera Árabe e na luta pela liberdade na internet. Seu principal modo de atuação é através de um programa que sobrecarrega o sistema do site do alvo, no caso site de bancos, governos, órgãos internacionais e de agências de controle de cartões de crédito, por exemplo.

Mais dois atos, nos dias 11 e 13 de junho, viriam marcar, de forma crucial, as Jornadas de Junho no Brasil. Considerada por muitos como o momento de maior efervescência do período, a manifestação do dia 13 foi particularmente relevante quando avaliada segundo a atuação da polícia. A tropa de choque da polícia militar usou todo o aparato de repressão disponível, mas com várias quebras de protocolo: bombas de efeito moral, balas de borracha, spray de pimenta, prisões de manifestantes e de repórteres, uso de violência exacerbada, mesmo contra aqueles que protestavam pacificamente. O resultado não poderia ser mais desastroso, um verdadeiro cenário de guerra, com uso desproporcional de força foi registrado por celulares, máquinas fotográficas e filmadoras. Por óbvio, as imagens rapidamente chegaram às redes sociais e desnudaram uma atuação truculenta e equivocada da polícia. Todo esse contexto serviu para impulsionar mais manifestações digitais pelas redes sociais, com destaque para as *hashtags* “#vemprarua” e “#OGiganteAcordou”.

⁹ Apparue dans les milieux anarchistes et autonomes de l'ex-Allemagne de l'ouest durant les années 1980, elle a rapidement fait l'objet d'une dissémination transnationale. Importée aux États-Unis dès le début des années 1990 par des courants politiques opposés à l'engagement militaire étasunien lors de la première guerre du Golfe, elle a été réinvestie plus récemment par les révolutionnaires égyptiens durant le « Printemps arabe » de 2011, et lors des mouvements sociaux qui ont agité le Brésil en 2013.

A partir daí, as manifestações começaram a tomar outros contornos, e o que começou como manifestações de contestação ao valor do transporte público passou a escolher novos alvos: os governos estadual de Geraldo Alckmin (PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira) e federal de Dilma Rousseff (PT – Partido dos Trabalhadores). Dessa forma, as manifestações trouxeram para suas entranhas as cores políticas, e os gritos urbanos de protesto não eram mais uníssonos, ecoando o início de uma polarização política sem precedentes que culminou com o *impeachment* da presidenta do país em agosto de 2016. No meio de todo esse cenário de turbulência e com a popularização do *WhatsApp* – aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para smartphones – o Brasil tornou-se terreno fértil para a disseminação de notícias falsas, muitas delas produzidas profissionalmente: as *fake news*¹⁰.

3 Os partidos digitais: uma solução para o déficit democrático?

Na obra “The Digital Party – Political Organisation and Online Democracy” (GERBAUDO, 2019), o autor, professor de Cultura e Sociedade Digital, pesquisador de mídias sociais no ativismo contemporâneo do Departamento de Humanidades Digitais do *King’s College London*, procurou avaliar a influência das redes sociais na organização do que nomeou como os “movimentos das praças” – ocorridos a partir de 2011 – e os desdobramentos produzidos na política mundial a partir de então. Para tanto, usou como fio condutor de análise as experiências ocorridas na Suécia e Alemanha com o Partido Pirata, na Itália com o Movimento Cinco Estrelas e na Espanha com o Podemos.

A característica comum e principal desses partidos foi o desenvolvimento de plataformas de decisão online – no termo em inglês: *the software of decision-making* – que permite aos seus usuários desfrutar da sensação de pertencimento numa nova ordem, “a democracia digital”. Segundo Gerbaudo (2019, p. 106, tradução nossa),

a democracia digital oferece a promessa de abordar a crescente desconexão entre os cidadãos e o processo político, o chamado “déficit democrático” que muitos consideram o principal culpado pela situação de apatia política e insatisfação experimentada por diferentes políticas. Embora a maioria dos projetos iniciais tenha falhado miseravelmente, nos últimos anos testemunhamos o que pode ser chamado de “segunda onda de democracia digital”¹¹.

¹⁰ Em tradução simples o termo *fake news* significa “notícia falsa”. De acordo com o dicionário *Merriam-Webster*, a expressão já era utilizada desde o final do século XIX, no entanto, sua popularização coincide com o período das eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos da América, quando da vitória do 45º presidente do país, Donald Trump.

¹¹ digital democracy offers the promise of addressing the growing disconnect between the citizenry and the political process, the so-called “democratic deficit” which many holds as the main culprit for the situation of political apathy and dissatisfaction experienced by different polities. While most of the early projects failed miserably, in recent years we have witnessed what may be termed a “second wave of digital democracy”.

Para a compreensão das experiências citadas, faz-se mister avaliar as plataformas utilizadas por cada um dos partidos digitais, a saber: a *LiquidFeedback* utilizada pelo Partido Pirata, a *Rousseau* utilizada pelo Movimento Cinco Estrelas e a *Participa* utilizada pelo Partido Podemos.

Via de regra, as plataformas propõem o abandono da antiga estrutura burocrática dos partidos políticos e usam referendos e institutos semelhantes (como plebiscitos, geralmente na forma de voto: SIM / NÃO). Tais plataformas são o coração digital do partido ou, como descreve Gianroberto Casaleggio¹², correspondem ao “sistema nervoso central do partido da inteligência coletiva do movimento” (GERBAUDO, 2019).

Se, por um lado, as plataformas digitais podem resgatar os cidadãos que foram ficando à margem dos processos políticos, por outro, segundo autores das mais diferentes ideologias, o uso de *softwares* de tomada de decisão pode trazer vários riscos. A simplificação excessiva da política, como sugere o historiador e político liberal britânico James Bryce e o arrependimento do entusiasmo inicial dos cidadãos com as plataformas se o recurso da legislação direta fosse generalizado, de acordo com o pensamento do filósofo marxista tcheco-austriaco Karl Kautsky são apenas dois destaques desses riscos. O sociólogo alemão Robert Michels ressalta ainda que há algo perigoso associado aos referendos, bastante presentes nas plataformas de partidos digitais: embora pareçam submeter os líderes à vontade da massa, podem garantir legitimidade para que prossigam com estratégias pessoais, muitas vezes autoritárias (GERBAUDO, 2019).

3.1 O Partido Pirata

Criado na Suécia em 2005 por Dick Augustsson¹³, o partido nasceu com a proposta de revolução digital, defendendo a democracia direta, a proteção de dados e o *open content*¹⁴. Seu auge ocorreu na Alemanha entre 2011 e 2012, quando passou a ser considerado o terceiro partido mais popular do país, no entanto, seu crescimento e queda ocorreram de maneira vertiginosa¹⁵. Em 2016, depois da renúncia de alguns dos seus fundadores e a escancarada falta de preparo de outros remanescentes, o partido viu-se envolvido num caso de homicídio seguido de suicídio (HUETLIN, 2016). O deputado do Partido Pirata da Alemanha, Gerwald Claus-Brunner, foi acusado da morte de um homem, apontado como seu ex-namorado, pouco antes de suicidar-se em Berlim. Logo em seguida o partido perdeu todos os assentos no Parlamento.

¹² Cofundador do Movimento Cinco Estrelas na Itália.

¹³ Dick Augustsson deixou um bom emprego na Microsoft em 2002, mudou seu nome em 2004 para Rickard Falkvinge (Asa de Falcão – tradução livre) e criou o primeiro Partido Pirata do mundo na Suécia em 2005.

¹⁴ Open content – compartilhamento livre de conhecimento, conteúdo aberto.

¹⁵ Para informações mais aprofundadas e detalhadas sobre a trajetória do Partido Pirata, consultar o material eletrônico: <https://partidopirata.org/a-ascensao-e-queda-do-partido-pirata/>.

O partido faz uso da Plataforma LiquidFeedback¹⁶ de orientação fortemente deliberativa, com um recurso inovador que utiliza mecanismo de votação delegada em que os eleitores delegam seu voto a um administrador, uma espécie de *proxy*¹⁷ transitivo. E é exatamente essa uma das maiores críticas dos membros anarquistas, pois, segundo eles, cria hierarquias, algo que contraria os ideários originais do partido.

Segundo Gerbaudo (2019, *online*, tradução nossa),

A plataforma que em grande parte introduziu a questão da democracia digital nos debates públicos além de pequenos círculos de ativistas e desenvolvedores é, sem dúvida, o LiquidFeedback, um software produzido por programadores conectados à Association for Interactive Democracy, de Berlim.

O software foi lançado pela primeira vez em 2009 e é descrito por seus criadores como "um software de código aberto, alimentando plataformas da Internet para desenvolvimento de proposições e tomada de decisões" [...]. O programa ganhou fama por seu uso pelo Partido Pirata Alemão entre 2009 e 2011, mas nos anos seguintes foi adotado por uma variedade de assuntos, incluindo cooperativas, associações cívicas e empresas, para reunir idéias e registrar o sentimento da base. Apresenta-se como um sistema de democracia direta que pode complementar e não substituir completamente a democracia representativa.¹⁸

O Piratas, versão do Partido Pirata no Brasil, é atualmente considerado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) um partido em formação.

3.2 O Movimento Cinco Estrelas

Fundado em 2009 na Itália pelo comediante Beppe Grillo e pelo falecido empresário da comunicação Gianroberto Casaleggio, o *MoVimento 5 Stelle* (M5S) – o número 5 (cinco) é proposital na composição do nome e está atrelado a cinco temas norteadores, a saber: água pública, transporte, conectividade, desenvolvimento e meio ambiente – apareceu no cenário da política italiana com fortes protestos contra partidos históricos, com discursos antissistema e anticorrupção. Vale lembrar que a Itália

¹⁶ Para maiores informações sobre a navegação e o formato da plataforma, acessar a página <https://liquidfeedback.org/>

¹⁷ *Proxy* é um termo utilizado para definir intermediário.

¹⁸ The platform that has to a great extent introduced the question of digital democracy to public debates beyond small circles of activists and developers is undoubtedly LiquidFeedback, a software produced by programmers connected to Berlin-based Association for Interactive Democracy. The software was first released in 2009 and is described by its creators as "an open-source software, powering internet platforms for proposition development and decision making. The programme was brought to fame because of its use by the German Pirate Party between 2009 and 2011, but in the ensuing years it has been adopted by a variety of subjects, including co-ops, civic associations and companies, to gather ideas and register the sentiment of the base. It presents itself as a system of direct democracy that can supplement rather than completely substitute representative democracy.

conviveu com escândalos políticos desde a década de 90 quando a operação “*Mani Pulite*” (Mãos Limpas) foi iniciada.

De acordo com Botana (2015, online, tradução nossa), os “Os legisladores que foram eleitos pelo partido de Grillo são geralmente inexperientes em políticas institucionais, mas muito participativos em mobilizações sociais, profissionais urbanos com estudos, descontentes, se não indignados [...]”¹⁹ com a conjuntura política italiana. Não há como negar a existência de semelhanças entre as motivações que levaram à fundação do Partido Pirata e Do M5S.

O partido faz uso da plataforma de tomada de decisão online chamada *Rousseau*. Baseada no sistema proprietário de conteúdo *Movable Type* lançado em 2001, a versão atual, lançada em 2017, apresenta várias funções interessantes, dentre elas a *Lex Nazionale*, a *Lex Regionale* e a *Lex Europe*, que permitem aos usuários cadastrados na plataforma participar na redação de leis nacionais, regionais e continentais. A plataforma conta ainda com a *Lex Iscritti*, uma função para propostas de leis feitas pelos membros, cursos preparatórios e captação de doações pecuniárias (GERBAUDO, 2019).

Apesar das várias funcionalidades, a plataforma é alvo de críticas. A primeira delas, feita por muitos ativistas, refere-se ao uso de um *software* com sistema de gerenciamento que não é aberto, uma contradição. Outra está associada ao não cumprimento de critérios básicos de usabilidade: as propostas e comentários postados são listados cronologicamente, sem ranking de popularidade. Dentre essas propostas, apenas algumas são pertinentes e de qualidade suficiente para uma consideração séria. Mas, sem dúvida, o maior e mais sério problema da plataforma está associado à segurança. Em agosto de 2017, um *hacker* de “chapéu branco” usando o apelido de Evarist Galois, invadiu o sistema da plataforma e alertou o público sobre as vulnerabilidades e o risco de *download* de dados pessoais. Dias depois, outro *hacker* de “chapéu preto”²⁰ revelou que já tinha percebido tais vulnerabilidades e que havia invadido a plataforma há muito tempo, demonstrando que tinha acesso aos banco de dados de todos os usuários e, por fim, colocou o banco de dados da plataforma *Rousseau* à venda por cerca de 1.000 euros (GERBAUDO, 2019).

Embora tenha conseguido relativo sucesso na política italiana, o M5S parece conviver recentemente com problemas que apontam para o seu declínio. Recentemente, em janeiro de 2020, o líder do partido, Luigi Di Maio, renunciou dias antes das eleições. Nas palavras de Di Maio, que também chefia o Ministério das Relações Exteriores: “Encerra-se uma era, chegou o momento da refundação”²¹. Ainda sobre o assunto, a ex-deputada italiana Renata Bueno lamentou: “A renúncia de Luigi di Maio, da liderança do Movimento 5 Estrelas, constitui o fim trágico de uma organização política que possuía um princípio interessante, de surgir na Internet com a proposta de discussões

¹⁹ Los legisladores electos del partido de Grillo son por lo general bisoños en la política institucional, pero muy participativos en movilizaciones sociales, profesionales urbanos y com estudios, muy descontentos sino indignados [...].

²⁰ Enquanto o *White Hat* (hacker de chapéu branco) trabalha em sistemas de maneira ética para aumentar a segurança, o *Black Hat* (hacker de chapéu preto) usa suas habilidades técnicas para invadir sistemas de forma ilegal e lucrar com isso.

²¹ Para ler toda a matéria, acessar o endereço eletrônico: <https://oglobo.globo.com/mundo/lider-do-movimento-5-estrelas-renuncia-na-italia-dias-antes-de-antes-de-eleicao-crucial-24205149>.

abertas e democráticas [...]. O fato também evidencia que os partidos tradicionalistas, na Itália, apesar de serem tão criticados e julgados pela população, ainda são os que mantêm os seus princípios, a sua linha de trabalho e inclusive a seriedade”²².

3.3 O Podemos

Apenas quatro meses depois de sua formação, o Podemos participou das eleições espanholas de 2014 e obteve cinco cadeiras de um total de cinquenta e quatro, obtendo cerca de 8% dos votos e alcançando o posto de quarto partido mais votado. Em seguida, tornou-se o partido mais seguido nas redes sociais superando partidos tradicionais como o PP (Partido Popular) e o PSOE (Partido Socialista Operário Espanhol). O partido teve “[...] a capacidade de ler o pulso social, de capturar as intuições fundamentais dos cidadãos espanhóis e teve sucesso em converter em armas eleitorais [...]”²³ (BOTANA, 2015, online, tradução nossa). Esse pulso social foi aquele iniciado nas ruas espanholas a partir da convocação do Movimento 15 de Maio (15-M), seguido pelo Movimento das Acampadas e congêneres.

Assim como o Partido Pirata e o Movimento Cinco Estrelas, O Podemos faz uso de um *software of decision-making* (plataforma de decisão online) chamada Participa²⁴, dividida em duas partes, uma para discussão e outra para decisões. A primeira parte, como o nome de *Nvotes* é utilizada para as operações de votação – anteriormente o *software* dessa parte era conhecido como *Agora Voting*, sendo descrito como um projeto de código aberto e de votação criptograficamente segura. Já a segunda parte da plataforma é conhecida com o nome de *Plaza Podemos*, sendo uma área dedicada às discussões internas do partido (GERBAUDO, 2019).

Independentemente dos caminhos adotados por cada um dos partidos e das plataformas de tomada de decisão por eles utilizados, tendemos a concordar com as palavras de Stephen Coleman (Professor de Comunicação Política da Universidade de Leeds no Reino Unido): “A contribuição real da democracia digital não reside no estabelecimento de uma democracia direta em oposição à democracia representativa existente, mas na extensão desta, com maior “registro da opinião dos cidadãos” (GERBAUDO, 2019, *online*).

4 A influência das plataformas digitais na democracia por meio das fake news

Atualmente, conforme vem sendo demonstrado ao longo do presente trabalho, as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) possuem grande influência na vida

²² Para ler toda a matéria, acessar o endereço eletrônico: <https://oriundi.net/renata-bueno/renata-bueno-avalia-fim-tragico-do-movimento-5-estrelas-na-italia.html>.

²³ [...] Se reconoce la capacidad de leer el pulso social, de capturar los insights fundamentales de los ciudadanos españoles, y el acierto de convertidos em armas electorales [...].

²⁴ Para maiores informações sobre a navegação e o formato da plataforma, acessar a página: <https://podemos.info/>.

das pessoas. O presente item pretende trabalhar essa influência no âmbito da democracia. Antes de se falar sobre o fenômeno da pós-verdade e das notícias fraudulentas²⁵, importante trabalharmos o conceito de “informação”, com o máximo de amplitude possível.

A ideia aqui é, a princípio, estudar o entendimento da informação a partir do Paradigma Social engendrado por Capurro (2003). Socorremo-nos, aqui, do magistério de Almeida *et al.* (2007), que explicam que o Paradigma Social tem caráter interpretativo, focado no usuário e seu contexto social, a partir das “[...] possíveis perspectivas ou pontos de acessos distintos de acordo com o interesse do usuário ou comunidade.” (ALMEIDA *et al.*, 2007, p. 23).

A partir dessa proposta, é possível trabalhar com o processo de formação da informação como processo de formação de sentidos dos fatos, a partir do saber, acontecimentos, especulações, ações e projetos, cujo conteúdo é influenciado pelo ambiente em que o sujeito se insere, confirmando fatos e tendências, podendo resultar na acumulação do conhecimento e construção de memória. A informação se dissemina no tempo e no espaço e, para se tornar pública, utiliza os meios de comunicação, conforme lição de Tomaél (2012, p. 15).

O semiótico espanhol Manuel Castells (2011, p. 440) identifica a pós-verdade como um fenômeno social demasiado recente para que a pesquisa acadêmica tenha conclusões sólidas acerca de seu significado social. De toda forma, tencionamos deixar um pequeno contributo para esse estudo.

O assunto “pós-verdade” parece recente, tendo ganhado notoriedade em 2016, dada a estrondosa quantidade de informações falsas que apareceram nas mídias sociais. No mesmo ano, o Dicionário Oxford a escolheu como a palavra do ano (BBC, 2016). O Dicionário definiu o termo como “[...] relacionando a circunstâncias em que as pessoas reagem mais à emoção e crença pessoal do que a fatos objetivos” (tradução nossa)²⁶.

Contudo, em que pese a recente massificação do uso desse termo, ele, na realidade, foi empregado pela primeira vez em 1992 (LUCE *et al.*, 2017) pelo dramaturgo sérvio-americano Steve Tesich para se referir a conflitos ocorridos no Oriente Médio à época (TESICH, 1992).

Contudo, em 2016, surge uma ideia de pós-verdade política, que aparece como parte do processo de disseminação rápida e ampla de dados gerados a partir de TICs, o que gera um sem número de versões sobre acontecimentos. Nesse contexto, os chamados *spin doctors* (produtores de factoides) se aproveitam de inseguranças e incertezas provocadas por essa rápida disseminação de diversas versões dos mais variados fatos para, com fulcro em indícios ou mesmo convicções, criar pós-verdades, uma vez que os

²⁵ Muitos autores traduzem a expressão “fake news” como “notícias falsas”. Optamos, a exemplo de Eugênio Bucci (2018, p. 22), por seguir a tradução sugerida por Carlos Eduardo Lins da Silva, qual seja, “notícias fraudulentas”. É assim porque a expressão “fake”, na língua inglesa, pode ter o sentido da intenção do agente de enganar o interlocutor, o público ou o destinatário, ao passo que “falso”, em língua portuguesa, não necessariamente denota esse dolo.

²⁶ No original: “relating to circumstances in which people respond more to feelings and beliefs than to facts”. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/post-truth>. Acesso em: 09 ago. 2020.

fatos se tornaram demasiado híbridos, de verificação muito complexa (MONTEIRO FILHO, 2016, p. 13).

E, nesse contexto informacional, aparece um terceiro elemento, no qual não se pode categorizar toda informação como sendo verdade ou mentira, gerando-se uma espécie de *tertium genus* de informação que não é absolutamente verdade, mas que não é totalmente mentira (KEYES, 2004).

O semanário inglês *The Economist*, em setembro de 2016, afirmou que a ruptura entre o discurso político e a realidade dos fatos se agravava violentamente. Aponta, como sintomas, a eleição de Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos e a campanha política que culminou com a saída do Reino Unido da União Europeia, no chamado “Brexit”. A acusação foi grave, eis que as democracias mais estáveis do globo estariam adentrando em uma era em que os relatos sobre os acontecimentos deixaram de se pautar na verdade factual (THE ECONOMIST, 2016).

Por mais grave que isso seja, o fenômeno parece ser esperado, eis que, conforme identificado por Walter Lippmann anos antes da reportagem do *The Economist*, por mais que a sociedade, *a priori*, se preocupe com a verdade – e essa questão será abordada mais à frente no presente estudo –, a realidade é que não estamos interessados em remunerar serviços jornalísticos comprometidos com ela (LIPPMANN, 1997, p. 203).

Na verdade, desde que existe imprensa, existe a mentira de imprensa. Jornais de fins do século XVIII e início do século XIX na Europa e nos Estados Unidos eram repletos de calúnias e xingamentos totalmente divorciados do equilíbrio, da ponderação e da objetividade. As publicações que acabaram conseguindo a importante conquista da liberdade de imprensa primavam pela linguagem violenta e não tinham qualquer compromisso com a verdade (BUCCI, 2018, p. 23).

Justamente por isso é que não se afigura adequado que a imprensa, comprometida ou não com a verdade, se envolva com a política. Parece que a política deve ser totalmente divorciada da busca da verdade.

Hannah Arendt (1995) busca separar o lugar da verdade do da ação política, em uma desvinculação categórica, verdadeira cisão metodológica, entendendo a esfera política como bem distinta daquela em que os fatos são apurados, investigados, pesquisados, narrados, historiados. Na política, temos a arte de se apropriar dos fatos com fulcro em representações ou relatos elaborados em domínios diferentes, como é o caso do jornalismo, mas localizar, apontar e difundir a verdade não são verbos empregados no domínio político.

Isso é ainda mais importante quando tratamos das chamadas *fake news*, eis que, aqui, temos a propagação de notícias totalmente divorciadas da verdade, que, em sua origem, possuem o dolo de ludibriar o interlocutor.

5 Considerações finais

Por todo o exposto e à guiza de conclusão, podemos afirmar que ambas as hipóteses do presente trabalho se confirmam. Por um lado, realmente, existe uma relação de meio de conexão entre os movimentos sociais supracitados. Por outro, de fato, os partidos digitais têm se mostrado cada vez mais importantes no cenário político e este

está cada vez mais influenciado pela rede mundial de computadores. E é nesse contexto que as notícias fraudulentas, especialmente aquelas de cunho eleitoral, se mostram como verdadeiro risco à democracia do país.

Referências

ALMEIDA, Daniela Pereira dos Reis *et al.* Paradigmas contemporâneos da Ciência da Informação: a recuperação da informação como ponto focal. **Revista Eletrônica Informação e Cognição**, Marília, v. 6, n. 1, p. 16-27. 2007. Disponível em: http://www.brapci.inf.br/_repositorio/2010/03/pdf_fc4f01292e_0008415.pdf. Acesso em: 09 ago. 2020.

ART of the lie. **The Economist**, 10 set. 2016. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2016/09/10/art-of-the-lie>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BARTKOWIAK, Jaqueline Zandona; FONSECA, Thatiane de Almeida; MATTOS, Gabriel Motta; SOUZA, Vitor Henrique do Carmo. A Primavera Árabe e as redes sociais: o uso das redes sociais nas manifestações da primavera árabe nos países da Tunísia, Egito e Líbia. **Cadernos de Relações Internacionais**, [S.L.], v. 2017, n. 1, p. 66-94, 20 jul. 2017. Faculdades Católicas. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17771/pucrio.cadri.30432>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BBC. 'Post-truth' declared word of the year by Oxford Dictionaries. 16 November 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-37995600#:~:text=Oxford%20Dictionaries%20has%20declared%20%22post,public%20opinion%20than%20emotional%20appeals>. Acesso em: 9 ago. 2020.

BOIDY, Maxime. **Le black bloc, terrain visuel du global: éléments pour une iconologie politique de l'altermondialisme**. 2016. Disponível em: <https://journals.openedition.org/teth/834>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BOTANA, David Corominas. Nunca tan rápido ni tan grande. **Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales**, Madrid, v. 1, n. 12, p. 177-186, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.5209/rev_TK.2015.v12.n1.48895. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Lei Nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018**. Brasília: Planalto, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 2630, de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1595879600303&disposition=inline>. Acesso em: 9 ago. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BUCCI, Eugênio. Pós-política e corrosão da verdade. **Revista USP**. São Paulo, n. 116, p. 19-30. Janeiro-março de 2018.

CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. The concept of information as we use in everyday. *In*: CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. **Annual Reviews of information Science and Techology**. Medford: Information Today, 2003. p. 343-411. Disponível em: <http://bogliolo.eci.ufmg.br/downloads/CAPURRO.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

CARTA de Princípios. **Movimento Passe Livre – São Paulo**. 2013. Disponível em: <https://saopaulo.mpl.org.br/apresentacao/carta-de-principios/#mobile-header-left-nav>. Acesso em: 27 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. #Wikiacampadas. **La Vanguardia**. Barcelona - Espanha, p. 01-01. 28 maio 2011. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20110528/54160922879/wikiacampadas.html>. Acesso em: 27 jul. 2020.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Barueri: Faro Editorial, 2018.

ESPÍRITO SANTO, Maíra Ouríveis. **Lutas sociais e ciberespaço: o uso da Internet pelo movimento passe livre nas manifestações de junho de 2013 em São Paulo**. 2014. 123 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/88730>. Acesso em: 24 jul. 2020.

GERBAUDO, Paolo. **The digital party**: political organisation and online democracy. London: Pluto Press, 2019.

HUETLIN, Josephine. **A história do movimento político mais eclético da Alemanha – é sobre liberalização digital, protestos nudistas, transparência radical e assassinato**. 2016. Disponível em: <https://partidopirata.org/a-ascensao-e-queda-do-partido-pirata/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

KEYES, Ralph. **The Post-Truth Era**: dishonesty and deception in contemporary life. New York: St. Martin's Press, 2004.

LÍDER do Movimento 5 Estrelas renuncia na Itália dias antes de eleição crucial. 2020. **O Globo**, 22 jan. de 2021. Caderno Mundo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/lider-do-movimento-5-estrelas-renuncia-na-italia-dias-antes-de-antes-de-eleicao-crucial-24205149>. Acesso em: 31 jul. 2020.

LIPPMANN, Walter. **Public Opinion**. New York, Free Press Paperbacks (Simon and Schuster), 1997.

LUCE, Bruno; SILVA, Leila Morás; SILVA FILHO, Rubens da Costa. Impacto da pós-verdade em fontes de informação para a saúde. **Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação**, v. 13, n. esp. CBBB 2017.

MONTEIRO FILHO, Armando Ortiz. Comunicação hi-tech: digital e pós-verdade política. In: PENSACOM BRASIL, 1, 2016, São Paulo, SP. **Anais eletrônicos...** São Paulo: PENSACOM BRASIL, 2016. Disponível em: <http://www.portalintercom.org.br/anais/pensacom2016/textos/armando-ortizmonteiro.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

PREVIDELLI, Maria de Fátima Silva do Carmo. **O fenômeno da crise na Zona do Euro (2008-2010)**. 2016. Disponível em: <https://revistaacessolivre.files.wordpress.com/2016/07/revista-acesso-livre-nc2ba-5-janeiro-junho-de-20161.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

RENATA Bueno avalia “fim trágico” do Movimento 5 Estrelas na Itália. **Oriund.Net**. 24 jan 2020. Disponível em: <https://oriundi.net/renata-bueno/renata-bueno-avalia-fim-tragico-do-movimento-5-estrelas-na-italia.html>. Acesso em: 31 jul. 2020.

SANTOS, Fernando Jacinto Anhê. O ciberativismo como ferramenta de grandes mobilizações humanas: das revoltas no oriente médio às ações pacíficas do greenpeace no brasil. **Revista Anagrama**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 1-7, 2011.

TESCH, Noah. Mohamed Bouazizi: vendedor ambulante e manifestante tunisino. Vendedor ambulante e manifestante tunisino. **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Mohamed-Bouazizi>. Acesso em: 24 jul. 2020.

TESICH, Steve. The Watergate Syndrome: the government of lies. **The Nation**, Nova York, 6 jan. 1992, p. 12-13.

TOMAÉL, Maria Inês (org.). **Compartilhamento da informação**. Londrina: Eduel, 2012.

A Teoria do Terceiro Cúmplice e a responsabilização do terceiro pela quebra contratual

The Theory of the Third Party and the third party's responsibility for contractual breach

Taís Marques de Sousa

Graduada de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: taismarques15@gmail.com

Morisa Martins Jajah

Mestra em Direito Empresarial pela Universidade de Franca – SP (UNIFRAN). Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Público pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas em Goiânia – GO. Professora de Direito Civil no curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – MG (UNIPAM).

E-mail: morisa@unipam.edu.br

Resumo: O objetivo geral desta pesquisa foi refletir sobre o terceiro que interfere em uma relação contratual e tira proveito, de forma maliciosa, prejudicando uma das partes. Para tanto, será feita uma análise sobre os princípios que regem as relações contratuais, tratando-se sobre a mitigação do princípio da relativização dos contratos frente ao princípio da função social, que concebeu a tutela externa de crédito, permitindo a responsabilidade civil do terceiro cúmplice. Ademais, tratou-se sobre a teoria do terceiro cúmplice na perspectiva do Direito Comparado e do Direito Brasileiro e do preenchimento dos requisitos para a configuração de sua responsabilidade civil, além de evidenciar o Projeto de Lei n. 7.886/2014. A pesquisa realizada é exploratória, do tipo qualitativa e, como ferramenta, utilizou-se de pesquisas documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Contratual. Função Social. Terceiro cúmplice. Eficácia externa. Responsabilidade de terceiros.

Abstract: The general objective of this research was to reflect on the third party that interferes in a contractual relationship and maliciously takes advantage, harming one of the parties. To this end, an analysis will be made on the principles that govern contractual relations, dealing with the mitigation of the principle of relativization of contracts in relation to the principle of social function, which conceived the external credit tutelage, allowing the third party's civil liability. In addition, it dealt with the theory of the third accomplice from the perspective of Comparative Law and Brazilian Law and the fulfillment of the requirements for the configuration of their civil liability, in addition to highlighting Bill no. 7,886 / 2014. The research carried out is exploratory, qualitative and, as a tool, it used documentary and bibliographic research.

Keywords: Contract Law. Social role. Third accomplice. External effectiveness. Third party liability.

1 Considerações iniciais

A doutrina tradicional acerca da teoria geral dos contratos é assente em ensinar que este é negócio jurídico que gera efeitos somente entre as partes, não devendo favorecer ou prejudicar terceiros. Essa assertiva veio do Direito Romano e trouxe consigo um antigo brocardo: “o ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros”.

Essa mesma corrente defende o princípio da relativização dos contratos, segundo o qual o contrato se funda na autonomia e na liberdade das partes, e sua eficácia e efeitos devem refletir-se unicamente nas partes do contrato, respeitando-se terceiros, que não podem interferir no pactuado entre os contratantes.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, iniciou-se a constitucionalização do Direito Civil; assim, o princípio da relativização foi mitigado e um dos fundamentos para tanto é que a conduta humana nunca é isolada, podendo repercutir efeitos na esfera de outrem, como na estipulação em favor de terceiro. E às vezes, com respaldo em um contrato, algumas pessoas se beneficiam do caráter absoluto a eles atribuídos e prejudicam um dos contratantes, por exemplo, instigando a inadimplência, sabendo que a responsabilidade não se estenderá a ele.

Por muito tempo vigorou-se no Direito das Obrigações, em especial com relação aos contratos, o mencionado princípio, em que o instrumento de contrato servia para satisfazer interesses das partes, o que implicava resguardo da autonomia e liberdade individuais, de acordo com os limites estabelecidos por lei. Em caso de descumprimento dos termos contratuais, existe a possibilidade de um dos contratantes acionar o órgão judiciário e constranger o outro ao pagamento, o que se estende também a possibilidade de anulação ou de revisão dos contratos.

Embora o contrato faça lei entre as partes, ele deve ser cumprido em obediência à boa-fé e com honestidade, para preservar os interesses da coletividade, sendo certo que sua inobservância fará surgir o dever de reparação. Todavia, existe a hipótese de uma parte lesionar a outra por interferência, indução ou auxílio de um terceiro.

Com a evolução do Direito Civil e a atenuação do princípio da relativização, impera-se agora o entendimento de que a liberdade contratual está subordinada ao princípio da função social, logo, os deveres de probidade e boa-fé são atribuíveis não somente às partes, mas também a terceiros, que podem ser atingidos com reflexos ou que podem agir visando obter quebra contratual, com fins maliciosos. Trata-se da figura do terceiro cúmplice.

Em face do exposto, levantam-se as seguintes indagações: se o contrato deve ser útil à sociedade, de modo a não causar prejuízos a ninguém, em decorrência de artifícios ardilosos de quaisquer das partes, como fica a figura de um terceiro que induz ou causa a quebra do contrato? Existem sanções ao terceiro cúmplice? A jurisprudência brasileira já se manifestou sobre o tema do terceiro cúmplice?

Para responder às indagações propostas, inicialmente foi aprofundado o estudo sobre o terceiro cúmplice, discorrendo sobre as relações contratuais à luz dos princípios constitucionais e dos ditames do Código Civil. Depois, abordou-se a mitigação do princípio da relativização dos contratos, em face da constitucionalização do Direito Civil,

e, por fim, analisou-se a teoria do terceiro cúmplice e as possibilidades de responsabilização do terceiro.

Desse modo, o trabalho se reveste de importância, vez que a temática é pouco discutida pela jurisprudência e doutrina brasileira e, em especial, para o meio social, porque é preciso superar o dogma de que os contratos somente dizem respeito às partes, ante as diversas estratégias utilizadas por terceiros com o fim de tirar proveito de determinadas situações, e também ante a necessidade de previsão de sanções aos terceiros que agem de má-fé.

Portanto, com o intuito de alcançar os objetivos propostos pela investigação científica, a pesquisa teórica foi desenvolvida com a utilização do método dedutivo-bibliográfico, por meio de consulta a doutrinas, jurisprudências, legislações, artigos científicos, monografias, dissertações e teses.

2 Os princípios contratuais à luz da Constituição Federal

O contrato, desde a Antiguidade, é a principal fonte de obrigação do Direito Civil, sendo um instrumento utilizado no ajuste e na formalização da vontade das partes, que resulta na circulação de riquezas, bem como promove o desenvolvimento humano. E, por gerar inúmeras repercussões para a ordem jurídica, como também para a sociedade, faz-se necessária a sua convenção em observância aos princípios constitucionais.

Nesse passo, Ruas (2017, p. 09) demonstra a associação dos contratos com os princípios fundamentais:

O contrato é um dos institutos de Direito Privado nos quais o livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana sobressaem com mais intensidade, pois é instrumento para concretização dos interesses individuais. A conexão do contrato com os direitos fundamentais se dá a partir de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que estão vinculados ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e da liberdade é permeada pela promoção da liberdade contratual, pode-se afirmar que o contrato é um instrumento concretizador dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A liberdade contratual encontra seu limite na supremacia da ordem pública, pois a ampla liberdade de contratar poderá infringir normas cogentes e até mesmo causar prejuízos para a parte hipossuficiente. Daí surge à importância da tutela estatal: efetivar os direitos fundamentais e proporcionar segurança e estabilidade para as partes, assegurando a igualdade entre os contratantes.

Com a evolução dos tempos, o princípio da força obrigatória dos contratos, passou por modificações, atenuando-se essa regra. Agora, novos princípios que disciplinam os contratos estão sendo aplicados em harmonia com os ditames da Carta Magna e do Código Civil, são eles: da função social do contrato, da justiça contratual,

todos visando ao equilíbrio entre as partes, podendo inclusive submeter-se ao crivo judicial, para revisão, ajuste ou anulação (GAZZI, 2014).

O mencionado princípio, “*pacta sunt servanda*”, consagra que, havendo um pacto entre as partes e sendo este válido juridicamente, o seu cumprimento deve ser rígido. Depois de haver o encontro de duas ou mais vontades, compondo-se um consenso, o teor do pacto torna-se intocável, não sendo passível de revisão por quaisquer das partes, ressaltando-se a hipótese de novo acordo.

Gomes (2019, p. 31) afirma que “nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades”. Logo, conforme a doutrina clássica, o contrato era dotado de forma cogente, imperativo, devendo ser cumprido a qualquer custo, mesmo diante de grave prejuízo entre as partes.

Muito embora isso, o princípio da obrigatoriedade dos contratos era responsável por provocar sérias injustiças, em razão de eventos imprevisíveis e extraordinários que ocorriam durante o cumprimento da avença, capazes de transformar situações fáticas, e conseqüentemente capazes de interferir nas formas e condições de cumprimento das obrigações.

Em decorrência disso, surge à teoria da imprevisão, conhecida como *rebus sic stantibus*, que passa a permitir a revisão contratual, na hipótese de um fato externo e imprevisível gerar onerosidade excessiva a alguma das partes. Nesse sentido, explica Giaretton (2012, p.10):

Já a teoria da imprevisão (*rebus...*) constitui uma exceção, da qual a regra está a merecer mais observação do legislador. Contempla a possibilidade de que um pacto seja alterado, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução, imprevisível e inimputavelmente, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra.

Desse modo, a teoria da imprevisão nada mais é que uma forma de rever um instrumento de contrato, em virtude da superveniência de situação imprevisível, que pode causar prejuízos excessivos a uma das partes.

Além disso, o princípio da relatividade estabelece que o contrato somente faz lei entre as partes, não atingindo terceiros estranhos à relação jurídica, seja para beneficiá-los, seja para prejudicá-lo, tendo portanto, a obrigação eficácia interna. Sendo assim, somente as pessoas participantes de um instrumento contratual são atingidas por ele.

Martins (2011, p. 36) explica que “ninguém poderia se tornar devedor ou credor por meio de um contrato em que não fora diretamente parte. Os direitos e obrigações decorrentes de um contrato restringem-se àqueles que o pactuassem. Trata-se aqui da relatividade subjetiva do contrato”. Entretanto, a autora pondera para a relatividade objetiva, o que implicava a estrita observância do contrato somente às partes nele constante, ou seja, a obrigação de fazer ou não fazer, de pagar a obrigação, entre outras, somente se voltava às partes e mais ninguém.

Nesse contexto, não se pode exigir de um estranho uma atuação positiva ou negativa diante de um contrato do qual não participa, mas somente as consequências de seus efeitos. Ressalte-se que o princípio supracitado, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, não era absoluto, comportando ressalvas, como na estipulação em favor de terceiro e nos contratos coletivos de trabalho.

Maria Helena Diniz (2014, p. 416) também sustenta que o princípio da relativização dos contratos não pode ser absoluto:

A liberdade contratual não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.

Assim, a função social possibilita a atenuação do princípio da relatividade dos contratos, para permitir a incidência de seus efeitos aos terceiros de má-fé que visam obter a quebra contratual, por exemplo, o terceiro cúmplice.

Ademais, o Código Civil de 2002 inovou ao admitir o princípio da função social no seu artigo 421¹, constituindo, na visão de Gonçalves (2020a), um princípio moderno que deve ser observado e acatado pelos juristas. Cumpre destacar que o referido princípio consiste em uma expressão do princípio da socialidade, possuindo, como finalidade principal, afastar do direito contratual a individualidade presente na doutrina clássica dos Códigos anteriores. Nesse sentido, dispõe Tartuce (2019, p. 66):

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro.

Nessa perspectiva, em observância à função social, o contrato deve ser útil à sociedade e não um instrumento que beneficie somente os contratantes. Além disso, deve estar em consonância com as normas e princípios constitucionais, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

A função social inovou a ordem jurídica ao trazer expresso em lei ordem que juristas há muito tempo tentavam derrubar, em razão dos abusos que traziam a aplicação sistemática e literal do princípio da relativização dos contratos. Em consequência desses abusos, foi avassalador o número de demandas judiciais, constituindo a intervenção judicial nos contratos uma regra e não uma exceção, fato que gerou necessidade premente de mudar a lei, a fim de tornar o pacto equilibrado para as partes.

¹ Artigo 421 do Código Civil: A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Considerando esse cenário, foi editada a Lei n. 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), que introduziu o parágrafo único², ao artigo 421 do Código Civil. Da dicção do dispositivo, percebe-se que o espírito legislador foi retomar o ideário de contrato, consagrando a intervenção mínima do Estado e a excepcionalidade da revisão contratual. Importante registrar que a última parte do parágrafo é redundante, pois a legislação civil já prevê a Teoria da Imprevisão, demonstrando que a revisão trata de exceção.

Tartuce (2019) também sustenta posição de que a intervenção mínima do Estado nas relações contratuais não pode ser uma regra, já que o tema encontra-se inserido no Direito das Obrigações, e a intervenção estatal, nesses casos, só pode existir em hipóteses de abusos. Na mesma seara de pensamento, está à lição de Schreiber (2019, p. 245):

A MP n. 881/19 também introduziu no art. 421 um parágrafo único, que estabelece a prevalência de um assim chamado ‘princípio da intervenção mínima do Estado’ e reserva caráter ‘excepcional’ à revisão contratual ‘determinada de forma externa às partes’. Mais uma vez, o equívoco salta aos olhos. Não existe um ‘princípio da intervenção mínima do Estado’; a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, quer para assegurar a força vinculante dos contratos, quer para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive das normas constitucionais, de hierarquia superior à referida medida provisória.

É preciso considerar, outrossim, a redação do artigo 421-A ao definir que os contratos devem ser paritários, isto é, pactuados em condições de igualdade pelas partes. Essa regra demonstra, uma vez mais, que a intervenção judicial deve ser mínima, a fim de priorizar a vontade dos contratantes, bem como a livre iniciativa.

Diante da Lei de Liberdade Econômica, mais uma vez Tartuce (2019) alerta que “não se pode dizer que a autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a tal intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos”. Isso porque, diante da violação da função social do contrato e da boa-fé objetiva, é possível a mitigação dos mencionados princípios, para permitir à intervenção estatal, com o fim de evitar os abusos e reestabelecer a equidade.

Por fim, importante registrar que a compreensão dos princípios contratuais é de suma importância para a abordagem da teoria do terceiro cúmplice, objeto do presente trabalho, estando eles intimamente relacionados, conforme será demonstrado adiante.

3 A figura do Terceiro Cúmplice nas relações jurídicas obrigacionais

² Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Consideram-se partes os sujeitos que se encontram efetivamente dentro da relação negocial, aptos a manifestarem suas vontades, não sendo integrados os sujeitos que não aderiram aos ditames do contrato, sendo chamados de terceiros.

Nos dizeres de Penteado (2007, p. 42), os terceiros podem ser conceituados da seguinte forma:

São terceiros, em sentido amplo, todos os que não são parte do contrato, ou seja, aqueles que não declararam vontade de formar negócio jurídico. O terceiro é, assim, um conceito lógico que se define por negação: é o sujeito de direitos que não declara vontade no negócio jurídico.

A definição de terceiro possui conotação negativa, isto é, quem não participa do contrato. Assim, conclui-se que ele ocupa posição de indiferença em relação ao pacto, não podendo sofrer os seus efeitos nem dificultar o seu cumprimento, já que possui um dever de abstenção consistente em respeitar o convencionado entre as partes.

Impende ressaltar que o terceiro aqui tratado é aquele que não faz parte da relação contratual, sendo ainda completamente alheio a ela. É preciso destacar essa diferença, porque alguns institutos jurídicos utilizam a nomenclatura “terceiro”, em casos em que alguém é atingido em decorrência da relação contratual e é introduzido nela, sem planejamento anterior (SILVESTRE, 2018), como na hipótese da estipulação em favor de terceiro.

Gazzi (2014, p. 104) explicou bem a figura do terceiro, com relevância para este trabalho:

Assim, tem-se que terceiros são todas as pessoas que não estão vinculadas, direta ou indiretamente, ao contrato e que poderão ser responsabilizadas pelos prejuízos que seus atos causarem ao contrato ou que deverão ser ressarcidas pelas perdas e danos sofridos em virtude desse instrumento obrigacional. É a figura da posição jurídica universal.

Desse modo, o sujeito protagonista ora estudado refere-se ao terceiro cúmplice que age maliciosamente prejudicando os direitos do credor, ao instigar, induzir ou auxiliar o devedor a descumprir o contrato do qual não é parte, para valer-se de algum benefício. Logo, ambos atuam em cumplicidade, promovendo o inadimplemento da obrigação, para celebrar negócio jurídico sucessivo e incompatível com aquele outrora firmado, em razão da natureza semelhante ou conflitante.

Mais uma vez, Gazzi (2014, p. 159) conceitua a figura do terceiro cúmplice:

Inegável, assim, que o terceiro cúmplice é aquela pessoa que, no exercício de seu direito subjetivo, fruto da autonomia privada, em conluio com uma das partes do contrato, lesa um contrato existente, causando prejuízos para parte inocente, que deverá buscar, nos meios judiciais, a reparação do prejuízo sofrido.

Diante disso, o ordenamento jurídico consolida que ninguém pode lesionar ninguém, o que se depreende de sua própria sistematização. Essa interpretação conduz a conclusão de que os contratantes devem agir com boa-fé, não se admitindo a figura de terceiros de má-fé. Por isso, quando existe a quebra de contrato por uma das partes do negócio jurídico, em razão da interferência de terceiros, nasce o dever de reparação para ela.

4 A Teoria do Terceiro Cúmplice no Direito Comparado e no Direito Brasileiro

Para que seja possível uma boa compreensão do tema em estudo, antes de qualquer coisa, faz-se necessária a análise dos países que adotam a teoria do terceiro cúmplice, com ênfase no Direito Francês, visto que a França foi um dos primeiros países a admitir a responsabilização do terceiro que ardilosamente interfere na relação contratual e a manter uma jurisprudência uniforme. Nesse diapasão, com a evolução da sociedade francesa o seu ordenamento jurídico tornou-se ineficiente para solucionar determinados impasses, como a interferência maliciosa do terceiro sobre negócios jurídicos alheios.

Frise-se que Ribeiro (2007, p. 40) expõe a ineficiência do plano jurídico fático francês:

A própria *praxis* negocial foi pondo a nu, em certas áreas da contratação e em certas situações relacionais, que a autonomia privada, deixada a si própria, não mediava satisfatoriamente determinados conflitos de interesses entre os agentes do tráfego jurídico-econômico. E não apenas, saliente-se, pela produção, nas novas condições, de consequências socialmente indesejáveis. Também porque, e desde logo, uma incondicionada liberdade contratual, em todos os domínios, não se mostrou capaz de organizar eficientemente as relações de troca e de cooperação no mercado.

Nesse sentido, o direito francês revelou-se insuficiente, devido à incidência do dogma da relatividade dos contratos que estabelecia, de modo absoluto, que o acordo de vontades celebrado entre as partes não estende os seus efeitos a terceiros, o que justificava a irresponsabilidade daquele que agia como se simplesmente não existissem os contratos dos quais não fazia parte.

Apesar do óbice do princípio da relativização para a responsabilização do terceiro cúmplice, segundo Andrade (2018, p. 23), o doutrinador Demogue afirmava que o contrato possuía a capacidade de irradiar um dever de abstenção ao terceiro. E, em consequência dessa oponibilidade, a sua violação acarretaria ao terceiro ofensor a responsabilidade de reparar os danos causados ao credor.

Com base nesse cenário e preocupados com a conduta ética dos indivíduos, a doutrina e jurisprudência francesa reconheceram a teoria do terceiro cúmplice ao fixarem que "toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les

obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction" (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 09)³.

Além disso, em que pese a Inglaterra adotar o sistema *common law*, ela também desenvolveu a teoria do "Tort of inducing breach of contract", após a ocorrência do *leading case* Lumley versus Gye (1853). Veja-se a explicação de Andrade (2018, p. 25):

Tratava-se de um caso no qual o empresário teatral Lumley celebrou contrato com uma cantora de ópera, para que esta cantasse em seu teatro. Ocorre que a cantora inadimpliu ao contrato, diante da indução de outro empresário das produções teatrais, Gye, para que fosse trabalhar para ele. Tendo conhecimento do princípio da relatividade dos contratos, Lumley, com vistas a reestabelecer a avença anteriormente firmada, obteve, primeiramente, uma *injunction* determinando o cumprimento do contrato pela cantora, para que ela se apresentasse. Contudo, mesmo diante de determinação legal, a artista se negou a fazê-lo.

Em síntese, sabe-se que a ação foi julgada procedente, sendo Gye condenado a ressarcir os danos causados pela indução ao inadimplemento contratual. Destaca-se que, para a caracterização da mencionada teoria, o direito inglês exige a presença de alguns requisitos, são eles: a) a existência de um contrato válido e eficaz; b) que o terceiro cúmplice tenha conhecimento da existência deste contrato; c) que ele tenha a intenção de embarçar-lhe seu cumprimento, induzindo o devedor a inadimplir a obrigação; d) que a interferência provoque dano ao credor; e) que a conduta do terceiro seja a causa do prejuízo sofrido pela parte credora (nexo causal).

Por fim, no Brasil a teoria do terceiro cúmplice não gerou grande repercussão no ordenamento jurídico, sendo raramente discutida nas ações em que um terceiro de má-fé interfere ocasionando a quebra contratual. Importante registrar que a teoria possui previsão expressa no artigo 608, do Código Civil de 2002, ao fixar a indenização para o aliciamento de mão de obra na prestação de serviços. Apesar disso, a norma não é utilizada analogicamente em casos semelhantes.

De acordo, com a atual conjuntura fático-jurídica do Brasil, observa-se que o país possui casos relevantes em que seria possível a incidência da teoria do terceiro cúmplice. Nesse contexto, surge a necessidade de analisar e ilustrar dois casos ocorridos de maior destaque na doutrina pátria. O primeiro é o "Caso do Ratinho", ocorrido em 1988, em que o apresentador da Rede Record apareceu com programa semelhante, na emissora concorrente SBT. Veja-se a explicação de Rodrigues Junior (2004, p. 09):

No Brasil, em 1988, um famoso apresentador de programas de auditório, contratado pelo período de 50 meses por uma emissora de televisão, denunciou a avença, sem motivo justo, e, dias após, exibia-se em uma companhia concorrente, com a qual assinara um vultoso contrato para comandar atração absolutamente igual a que conduzira na antiga estação. O problema ganhou contornos populares, com

³ "Qualquer pessoa que, com conhecimento, ajude outros a violar as obrigações contratuais que pesam sobre ele, comete um ilícito em relação à vítima da infração". (Tradução nossa).

cobertura jornalística em diversos meios de comunicação. O presidente da emissora que perdera o apresentador compareceu à imprensa e, expressando toda sua indignação, declarou que estaria acionando o artista para receber a cláusula penal devida de quarenta e três milhões de reais, por causa da abrupta e surpreendente extinção do contrato. O astro, por sua vez, delegou à sua nova contratante a responsabilidade por tal ruptura, eximindo-se de qualquer responsabilidade.

Considerando os princípios contratuais tradicionais, principalmente, o princípio da relativização dos efeitos do contrato, o apresentador de televisão seria o responsável exclusivo pela resolução contratual precoce, tendo em vista a existência de cláusulas que obrigavam ao pagamento de rigorosa quantia em espécie, em casos de extinção do contrato por culpa ou decisão de uma das partes.

Entretanto, Ratinho sustentou que a responsabilidade pelo pagamento da multa seria da nova emissora (SBT), já que ela o teria induzido a rescindir o contrato anterior. Com efeito, conforme explica Rodrigues Junior (2004, p. 09), o apresentador conseguiu evidenciar a questão essencial do presente trabalho: a nova contratante, ao instigá-lo a promover a ruptura do contrato primitivo e ao assegurá-lo uma nova situação, com repercussões sociais, contratuais e econômicas, agiu como *tiers complice*, ou seja, como um comparsa, favorecendo a conduta reprovável, levando-se ao reconhecimento de que um terceiro deve ser responsabilizado contratualmente.

Dessa maneira, percebe-se que o presente caso era passível de aplicação da teoria do terceiro cúmplice, no entanto, devido à morosidade processual as emissoras optaram por solucionar o problema extrajudicialmente, com a composição de um acordo.

O segundo caso bastante polêmico pode ser considerado o *landing case* para a doutrina do terceiro cúmplice no direito brasileiro. Nesse sentido, o cantor Zeca Pagodinho trabalhava fazendo propaganda para Companhia de Bebidas das Américas – Ambev, empresa que comprou a cerveja de marca Brahma. Depois de extinguir o seu contrato com a empresa citada, época que não se registraram atos ilícitos, o cantor resolveu firmar um contrato milionário com a Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A., organização que era proprietária da cerveja Nova Schin, o que rendeu intenso sucesso.

A Brahma, a seu turno, em face do êxito da empresa concorrente, percebeu que podia se aproveitar da oportunidade e reverter para si algum proveito, propondo a recontração do cantor. Dessa forma, resolveu montar um novo slogan, em sua nova publicidade, de que fazia menção, de forma pejorativa, à empresa anterior, proprietária da Nova Schin, através dos seguintes dizeres: “fui provar outro sabor, eu sei, mas não largo meu amor, voltei.” (PAGODINHO, 2004).

O caso foi objeto de Julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede da Apelação de nº 9112793-79.2007.8.26.000 e tornou-se nacionalmente conhecido. A ação foi ajuizada pela Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A contra a Companhia de Bebidas das Américas Ambev e teve como relator o Desembargador Mônico da Silva. Segue transcrição da ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E À IMAGEM – Empresa autora que foi prejudicada pelo aliciamento do principal artista de sua campanha publicitária por parte da empresa-ré – Improcedência de demanda – Inconformismo 0 Acolhimento parcial – Requerida que cooptou o cantor, na vigência do contrato existente entre este e a autora – Veiculação de posterior campanha publicitária pela ré com clara referência ao produto fabricado pela autora – Não observância do princípio da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil – Concorrência Desleal caracterizada – Inteligência do art. 209 da Lei nº 9.279/96 – Danos materiais devidos – Abrangência de todos os gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação – Dano moral – Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral - Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Ato ilícito da requerida que gerou patente dano moral e à imagem da requerente – Sentença reformada – Ação procedente em parte – Recurso parcialmente provido (BRASIL, 2007).

A ação foi julgada improcedente em primeira instância, afastando-se o direito de indenização, sob o argumento de que a Ambev não estaria vinculada por contrato à Nova Schin, invocando-se o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. No entanto, ao ser submetido à apreciação, a Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em segunda instância, julgou o recurso como parcialmente provido, conforme se extrai da ementa transcrita, utilizando como fundamento o princípio da função social do contrato e, principalmente, a concorrência desleal, prevista no artigo 209, da Lei nº 9.279/96.

É preciso considerar, outrossim, que o caso supracitado constitui clássico exemplo da teoria do terceiro cúmplice, pois presente todos os requisitos caracterizadores, conforme demonstrado pelo direito comparado. Em outras palavras, a empresa Ambev exerceu perfeitamente o papel de terceiro cúmplice, conforme explica Sydow (2016, p. 36):

A começar porque o enquadramento na posição de figura de terceiro é evidente, posto que não era parte da relação contratual, e tampouco era atingida ou sofria qualquer efeito direto no campo de suas obrigações por decorrência da referida relação. Ademais, porque também podemos atribuir-lhe a característica de cúmplice, haja vista que tinha a empresa plena ciência de seus atos, dotados, destarte, do dolo necessário à configuração do terceiro cúmplice, sabia da existência do contrato anterior e, ainda mais, utilizou-se desta relação anterior para lograr maior êxito em seu objetivo, de repercussão midiática inegável que acabou por obter. Comprovou-se, outrossim, que tinha ciência inclusive dos prejuízos que poderia causar à parte inocente. Aliciou e agiu em conluio com o cantor com intenção evidentemente maliciosa. Patentes resta o desrespeito da empresa ré aos preceitos da função social do contrato e boa-fé, nos quais se fundam a teoria do terceiro cúmplice.

Portanto, entende-se plenamente possível fosse o julgado fundamentado, na teoria do terceiro cúmplice, a fim de fortalecer o embasamento da responsabilidade do terceiro ofensor, bem como a consolidação da utilização da referida teoria no ordenamento jurídico pátrio.

5 A oponibilidade do Direito de Crédito e a Responsabilização do Terceiro

Ao celebrarem um contrato, as partes têm em mente formular e deliberar sobre uma ação ou uma atividade, implicando uma obrigação de fazer ou não fazer, devendo ser um objeto juridicamente possível, o que implica um bem tutelado pelo Direito. Ao ser firmado por partes capazes, têm-se os pressupostos iniciais da tutela externa de crédito. Ruzyk e Burger (2017, p. 20) explicam que são quatro “os elementos a compor este direito subjetivo: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (obrigação ou prestação), a relação jurídica que os une, e a proteção do crédito”.

O princípio da relativização dos contratos preconiza a relatividade do direito de crédito, vez que este possui eficácia interna, podendo o credor somente exigir o cumprimento da obrigação ao devedor. Em virtude disso, a interferência de terceiros no direito de crédito alheio não caracterizaria o ato ilícito, já que estes são completamente estranhos à relação negocial.

Todavia, devido à constitucionalização do Direito Civil, a função social e a boa-fé objetiva proporcionaram uma releitura desses princípios tradicionais, de modo a considerar o contrato um fenômeno social e a admitir a tutela externa de crédito, ao afirmar que, “apesar de o terceiro não possuir nenhum direito de crédito nem responsabilidade em razão de um contrato no qual não figura como parte, ele tem o dever de respeitá-lo e não pode agir como se ignorasse sua existência e seus efeitos jurídicos”. (MAZZEI, 2011, p. 816).

Nessa mesma linha de pensamento, juristas brasileiros se reuniram na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e criaram o Enunciado nº. 21, interpretando o artigo 421 do Código Civil no sentido de utilizá-lo ao se tratar da tutela externa de crédito: “Enunciado nº. 21 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.” (BRASIL, 2003).

Diante desse cenário, surge a oponibilidade do direito de crédito, que estabelece o efeito *erga omnes* aos contratos e cria para a sociedade um dever geral de abstenção e de respeito ao direito de crédito alheio. Aqui se encontra o fundamento para a responsabilização do terceiro que induz, instiga ou auxila no inadimplemento do contrato de outrem. Em consonância está a posição de Negreiros (2006, p. 272-273):

Sai fortalecida, pois, a tese de que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores de

satisfação de créditos alheios. A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).

Tendo em vista tal inovação, nota-se que a expansão da oponibilidade abarcou o contrato, permitindo a aproximação do direito pessoal e do direito real, ao conferir ao direito de crédito a eficácia *erga omnes*. Em razão disso, introduziu-se, no direito contratual, a eficácia externa, também reconhecida pelo STJ no Agravo em Recurso Especial nº 825.974 - RJ (2015/0311754-2). Veja-se um trecho:

Os contratos são dotados não apenas de efeitos internos, mas também externos, em razão dos quais todos aqueles que não participam do contrato têm o dever de não impedir ou dificultar o cumprimento das obrigações pactuadas – é a chamada tutela externa do crédito ou teoria do terceiro cúmplice. (BRASIL, 2017 *online*).

Com efeito, não são apenas os direitos reais que são oponíveis *erga omnes*. De certo modo, um contrato não pode ser considerado absoluto, porque deve respeitar princípios constitucionais e também o princípio da boa-fé (SYDOW, 2016).

A responsabilidade do terceiro que interfere maliciosamente na declaração de existência de um contrato do qual não faz parte tem seu fundamento no princípio da função social que, ao instituir a oponibilidade, determina o dever geral de não lesar e não violar os direitos alheios, a denominada “tutela externa de crédito”.

5.1 A Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice

Antes de se passar a análise da responsabilidade do terceiro cúmplice, mostra-se imprescindível balizar a espécie de responsabilidade civil que recairá sobre o devedor e sobre o terceiro. Nesse sentido, não há dúvida de que a responsabilidade do devedor é contratual, em virtude do inadimplemento do negócio jurídico, que faz surgir o dever de reparação pelo rompimento do vínculo preexistente entre ele e o credor.

Por outro lado, caso a inadimplência resulte da inobservância de dever genérico de não causar dano a ninguém, estar-se-á diante da responsabilidade extracontratual, prevista no artigo 186, do Código Civil de 2002. Sobre o assunto, importante registrar a ponderação realizada por Carlos Roberto Gonçalves (2020b, p. 58):

Se a hipótese não estiver prevista na lei ou no regulamento, haverá ainda o dever indeterminado de não lesar a ninguém, princípio este que, de resto, acha-se implícito no art. 186 do Código Civil, que não fala em violação de “lei”, mas usa de uma expressão mais ampla: violar “direito”.

Nesse contexto, será extracontratual (artigos 186 e 927, do Código Civil Brasileiro de 2002) a responsabilidade do terceiro que induz o devedor a descumprir o avençado, pois evidente a violação do direito alheio. Ademais, devem-se observar os requisitos tradicionais da responsabilidade subjetiva (ato ilícito, dano, culpa em sentido lato e nexa causal), como também os requisitos específicos, mencionados na análise do direito comparado.

Configurado está o ato ilícito, quando o terceiro interfere na relação obrigacional, instigando o devedor a inadimplir a obrigação e após, para obter algum benefício, realiza convenção incompatível com a anterior, por serem semelhantes ou conflitantes. Frise-se que essa interferência deve recair sobre um contrato válido e eficaz, não podendo ele ser denunciável a qualquer momento pelos contratantes, visto que as partes podem, a todo o momento, desvincular-se.

Importante ressaltar, para que haja responsabilidade do terceiro cúmplice, é indispensável o prévio conhecimento da existência do contrato alheio. Nessa perspectiva, como o direito pessoal não é dotado de publicidade, não há que se falar em conhecimento presumido, vez que estaria instituindo-lhe um ônus exarcebado. Assim, o terceiro apenas terá o dever específico de respeitar o crédito, quando tomar efetivo conhecimento do contrato alheio (FIGUEIREDO, 2008).

Além disso, a doutrina majoritária amparada no Direito Comparado entende que não basta a simples ciência para que possa surgir a responsabilidade do terceiro, sendo relevante a sua intenção de prejudicar uma das partes contratantes, para aproveitar-se de algum benefício, caracterizando o dolo em sua conduta. Nessa linha de entendimento, encontra-se a posição de Figueiredo (2008, p. 149):

Convenha-se, o indivíduo que, tendo ciência da relação contratual, induz o contratante a inadimpli-la ou a com ele celebrar novo ajuste, incompatível com o primeiro, não atua de forma negligente, imperita ou imprudente, sem a intenção de lesar. Em verdade, ele sabe que sua conduta irá prejudicar o natural desenvolvimento do contrato e, efetivamente, quer que isso aconteça em seu benefício. O dolo é evidente e, até mesmo, imanente.

No referido contexto, o dolo mostra-se inerente à conduta consciente do terceiro cúmplice, pois raramente a sua ação configurar-se-á como meramente negligente. Por fim, haverá o nexa de causalidade se a conduta do terceiro der causa ao prejuízo experimentado pelo credor.

O terceiro e o devedor que agem em conluio, impedindo a satisfação do direito de crédito de outrem, serão responsáveis pela reparação dos danos causados. E, em conformidade com o artigo 942, do Código Civil, ambos serão responsabilizados solidariamente pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos. Por conseguinte, surge a seguinte questão: caso as partes tenham estipulado cláusula penal, ela interferirá na responsabilidade do terceiro, haja vista a solidariedade com o devedor?

Preliminarmente, a cláusula penal é convencionada de comum acordo pelas partes, tratando-se de estipulação de um valor devido a título de indenização caso haja o descumprimento do avençado. Em consonância ao princípio da relatividade dos

contratos, a cláusula não pode ser imputada ao terceiro cúmplice, porque este não participou do contrato, não existindo a sua declaração de vontade. Logo, para o terceiro não se pode falar em responsabilidade contratual, mas sim em reparação de danos de natureza extracontratual (SILVESTRE, 2018).

Nesse sentido, o artigo 416, do Código Civil, sustenta que, ao ocorrer o inadimplemento, o devedor pagará o valor da cláusula penal, independentemente de comprovação do prejuízo efetivo. O terceiro apenas será responsável pelo valor do dano efetivamente sofrido; não sendo comprovado nenhum prejuízo, ele se libera da obrigação de indenizar.

Em contrapartida, Venosa (2020, p. 463) afirma que “há tendência de ser estendida a responsabilidade contratual a terceiros atingidos por um negócio jurídico originário. Essa extensão possui evidentes reflexos no montante e nos limites da indenização, geralmente balizados pelo contrato”.

Nesse diapasão, caso a cláusula penal seja inferior ao prejuízo, o devedor e o terceiro ofensor serão solidariamente responsáveis por seu pagamento, não podendo o credor requerer complementação, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 416, do Código Civil.

Se o prejuízo for inferior ao valor da cláusula penal, a solidariedade limitar-se-á a esse valor, sendo o devedor responsável individualmente pela diferença. Destaca-se que o terceiro será responsabilizado solidariamente com o devedor, nos termos do contrato, apenas se a parte prejudicada comprovar o dano sofrido, tendo como limite o valor do prejuízo efetivo ou da cláusula penal.

Por fim, percebe-se que o Direito Brasileiro caminha para a aceitação da teoria do terceiro cúmplice, assim, verifica-se que tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei sob o n. 7.886/2014 de iniciativa do Senhor Carlos Bezerra, com o objetivo de imputar responsabilidade a terceiros que causem rompimento do contrato.

Bezerra sustenta seu entendimento sob o argumento de que os contratantes que agem de boa-fé não podem se ver prejudicados pela malícia de terceiros. Por essa razão: “eles devem responder, juntamente com quem rompeu o contrato, por perdas e danos, a fim de se coibir a má-fé e a ganância desenfreada” (BRASIL, 2014 *online*). Contudo, o projeto foi rejeitado no mérito pela Comissão de Constituição e Justiça, sob o argumento de ser temerário legislar sobre um tema raramente debatido no Brasil.

Dessa forma, o terceiro que interfere ilicitamente em um contrato, visando tirar proveito da situação, merece ser punido. Logo, considerando a doutrina, a jurisprudência e os dispositivos civilistas, conclui-se que é possível a responsabilização do terceiro cúmplice, com fundamento na violação da boa-fé objetiva e da função social do contrato que instituíram a tutela externa de crédito.

6 Considerações finais

Após toda pesquisa feita, com maior ênfase nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a teoria do terceiro cúmplice, foi possível a verificação da responsabilidade do terceiro ofensor, tendo como fundamento a mitigação do princípio da relatividade dos contratos frente ao princípio da função social.

De acordo, com a concepção clássica, o contrato consiste na principal fonte de obrigação do Direito Civil, já que possibilita a circulação de riqueza, bem como o desenvolvimento humano. E, por referir-se à manifestação de vontade de duas partes contratantes (credor e devedor), somente vinculava e produzia efeitos perante estas, não afetando estranhos completamente alheios à relação contratual, conforme estabelece o princípio da relatividade.

No entanto, objetivando afastar esse individualismo, a Constituição Federal de 1988, ao instituir a função social, concebeu ao contrato um caráter social, conferindo seus efeitos a toda coletividade, de modo a impedir a sua convenção como uma ferramenta voltada a satisfazer exclusivamente o interesse das partes.

É justamente nesse contexto que surge a teoria do terceiro cúmplice, estabelecendo a eficácia externa do contrato, a oponibilidade, que, ao conferir efeito "*erga omnes*" a este, reflete na esfera de quem não participou do negócio jurídico. Frise-se que a oponibilidade, também conhecida como tutela externa de crédito, foi concebida pelo direito francês, sendo caracterizada como um dever geral de respeito ao ajuste de vontades alheios.

Dessa forma, passando para a problemática do trabalho, observa-se que o terceiro que age em cumplicidade com o devedor, estimulando-o a ocasionar a quebra contratual, para com ele celebrar negócio incompatível com aquele outrora firmado, viola o princípio da função social, e, conseqüentemente, a tutela externa de crédito, o que faz surgir a sua responsabilidade civil.

Embora o assunto raramente seja estudado no Brasil, o reconhecimento dos efeitos externos do contrato e sua oponibilidade são frequentemente tratados pelos tribunais. Desse modo, os fundamentos para a responsabilização do terceiro cúmplice encontram-se presentes no ordenamento jurídico, especificamente nos artigos 186, 187, 927 e 942 do Código Civil Brasileiro, não existindo óbice para a aplicação da teoria.

Sendo o terceiro totalmente estranho no negócio jurídico, incidirá sobre ele a responsabilidade extracontratual, pois, ao instigar o devedor a inadimplir o contrato, ele viola o dever geral de respeitar os pactos alheios, ocasionando prejuízos ao direito de crédito do credor. Assim, para a configuração de sua responsabilidade, é imprescindível o preenchimento de quatro requisitos genéricos: ato ilícito, culpa, dano e nexa causal, além dos requisitos específicos concebidos pelo Direito Estrangeiro: a existência de contrato válido e eficaz; o conhecimento da existência do contrato pelo terceiro e a intenção de interferir em seu cumprimento, instigando o devedor a descumprir a obrigação.

Além disso, o terceiro somente será responsável quando o credor comprovar os prejuízos sofridos, uma vez que apenas o devedor é obrigado a pagar a cláusula penal, independentemente de provar qualquer dano. Portanto, demonstrados os danos, o terceiro e o devedor respondem de forma solidária pelos prejuízos causados.

Considerando o exposto, conclui-se que o caso Zeca Pagodinho admite, de forma tênue, a teoria do terceiro cúmplice, ao utilizar como fundamento o descumprimento da função social do contrato. Entretanto, por tratar-se de teoria recente e pouco discutida pela doutrina e pela jurisprudência, seria precoce afirmar a sua consolidação pacífica no Direito Brasileiro. Assim, acredita-se que o presente artigo possa servir de estímulo e de auxílio para estudos a respeito do tema pesquisado.

Referências

ANDRADE, Gabriel Antônio Pinto. **A teoria do terceiro cúmplice no direito brasileiro**: a responsabilização de terceiros pela interferência negativa na execução de negócios jurídicos alheios. 2018. 50 f. Monografia (Trabalho de conclusão de curso) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2018. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/20762/GABRIEL%20ANTONIO%20PINTO%20ANDRADE.pdf;jsessionid=9DAFCD0B9DFDB63F2B71BBFF45329F9F?sequence=1>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados do Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 7886, de 2014**. Dispõe sobre a responsabilidade de terceiro por rompimento de contrato. **Projeto de Lei**: Câmara dos Deputados. Brasília, DF, Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E7AC147AD3E456EFC5FEAF77AF337765.proposicoesWeb1?codteor=1275725&filenome=Avulso+-PL+7886/2014. Acesso em: 25 mar. 2020

BRASIL. Enunciado nº 21, de 2003. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito. **CJF**: I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/667>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Brasília, DF: Planalto, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 825974. Relator: Ministro Lazaro Guimarães. Rio de Janeiro, RJ, 13 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520216212/agravo-em-recurso-especial-aresp-825974-rj-2015-0311754-2?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9112793-79.2007.8.26.000**, 5ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mônaco de Silva. São Paulo, Dje 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116332066/apelacao-apl-91127937920078260000-sp-9112793-7920078260000/inteiro-teor-116332076>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. **Manual para normalização de trabalhos acadêmico-científicos**. 6. ed. rev. e ampl. Patos de Minas, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais/Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062573.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

GAZZI, Fabio Pinheiro. **Vínculo obrigacional e seus efeitos perante terceiro (cúmplice)**. São Paulo: Lex Editora, 2014.

GIARETTON, Rogério Luís. **A liberdade de contratar e a relativização do pacta sunt servanda**. 2012. 28 f. Especialização (Direito e Consultoria Empresarial) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC/GOIÁS, Goiás, 2012. Disponível em: <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/A%20liberdade%20de%20contratar%20e%20a%20relativiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacta%20sunt%20servanda.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 17 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2020a. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617258/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 15 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2020b. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 10 maio 2020.

MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. 2011.189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03082012-161321/publico/DISSERTACAO_PDF_Camila_Rezende_Martins.pdf. Acesso em 21 abr. 2020.

MAZZEI, Rodrigo. Princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. In: LIMA NETO, F. *et al* (orgs.). **Estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato, novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

PAGODINHO, Zeca. **Amor de verão**. Letras. 2004. Disponível em: <https://www.lettras.com.br/zeca-pagodinho/amor-de-verao>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RIBEIRO, Joaquim de Souza de. **Teoria dos Contratos**: estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, vol. 821, p. 80, mar. 2004. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/01/DOUTRINA-DO-TERCEIRO-CUMPLICE-OLRJ.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.

RUAS, Celiana Diehl *et al.* **Teoria do terceiro cúmplice no inadimplemento contratual**: fundamento e elementos de aplicação. 2017. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7450/2/DIS_CELIANA_DIEHL_RUAS_PARCIAL.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2017, p. 1 -27 Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Ruzyk-e-B%C3%BCrger-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A função social como limite do contrato: contribuição para a aplicação judicial do art. 421 do Código Civil. **Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil**, v. 7, n. 1, p. 1-19, 30 maio 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/323>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SYDOW, Juliana Camargo. **Teoria do terceiro cúmplice**: análise do “caso Zeca Pagodinho”. 2016. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, São Paulo, 2016, Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/1438>. Acesso em: 28 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **A “lei da liberdade econômica” (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil**: segunda parte. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>. Acesso em: 11 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. **A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil – Primeira Parte**: desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato. 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 11 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie: Vol. 3. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530989347. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989347/>. Acesso em: 11 jun. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: obrigações e responsabilidade civil. 20. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2020. 9788597024678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

Antígona: como a tragédia grega ajuda a compreender o direito à memória

Antigon: how greek tragedy helps you understand the right to memory

Thatiane Cristina de Oliveira Gonçalves

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: thatianx@gmail.com

Helen Corrêa Solis Neves

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professora orientadora.

E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: O presente artigo trata do conceito de direito à memória, sua importância ao longo da história e como a tragédia grega de Sófocles, *Antígona*, auxilia na compreensão dessa concepção. Assim, o tema em questão foi dividido em três tópicos, a fim de compreender a história de Antígona e Édipo Rei, o que é o direito à memória e como acontece o desdobramento do assunto na atualidade e, por fim, como Antígona ajuda a compreender o direito à memória. Além disso, é objetivo do artigo elucidar os mais diversos posicionamentos, a fim de permitir uma compreensão mais ampla dessa questão. Sendo assim, conclui-se que o direito à memória é uma ferramenta importante na manutenção do Estado Democrático. Além disso, sua ausência culmina na repetição de períodos autocráticos e escassos de direito, e, ainda que Antígona seja uma obra antiga, suas reflexões são pertinentes ao momento político e social brasileiro.

Palavra-chave: Estado Democrático de Direito. Direitos Humanos. Lei da Anistia. Literatura.

Abstract: This article seeks to address the concept of the right to memory, its importance throughout history and how Sophocles' Greek tragedy, *Antigone*, helps to understand this conception. Thus, the topic in question was divided into three so as to understand Antigone and King Oedipus's history, what the right to memory is and how the subject unfolds today and, finally, how Antigone helps to understand the right to memory. In addition, it is the objective of the article to elucidate the most diverse positions, in order to allow a broader understanding of this issue. Thus, it is concluded that the right to memory is an important tool in the maintenance of the Democratic State. In addition, its absence culminates in the repetition of autocratic and scarce periods of law, and even though Antigone is an old work, his reflections are relevant to the Brazilian political and social moment.

Keyword: Democratic Rule of Law. Human rights. Amnesty Law. Literature.

1 Considerações iniciais

Memória, segundo o dicionário, é a faculdade de conservar e lembrar estados de consciência passados e tudo quando se acha associado a eles. O presente artigo busca

tratar do conceito de direito à memória, sua importância ao longo da história e como a tragédia grega de Sófocles, *Antígona*, auxilia na compreensão dessa concepção. Para produzir o presente artigo, adotou-se como metodologia a pesquisa teórica, em que se privilegia a análise de conteúdo, pautando-se do método científico dedutivo. De modo especial, a revisão bibliográfica de artigos científicos e acadêmicos, dossiês, registros da Secretaria Especial de Direitos Humanos e a obra literária *Antígona*.

O direito à memória é a ideia do “não esquecimento”, é a luta não apenas das vítimas de momentos autoritários, mas também daqueles que permanecem em luto por elas. Esse direito está entrelaçado aos direitos fundamentais, como o direito à dignidade e o direito à vida. Por meio do estudo dos períodos antidemocráticos brasileiros e da análise da peça de Sófocles, o presente artigo tem como finalidade pontuar como *Antígona* contribui para a compreensão do direito à memória. A relativização existente na peça faz-se presente na sociedade brasileira? Assim como na obra, a resignificação da memória coletiva ainda é usada para manipular a população? O presente artigo busca expor as consequências da ausência de memória, comum à obra de Sófocles, nos dias atuais.

No primeiro tópico, será feita a contextualização acerca da obra com um breve resumo sobre Édipo Rei, externando como um rei abdica da vida de seu único filho para permanecer no poder e como Édipo governa com características autoritárias semelhantes ao governo anterior. Após a apresentação da peça que antecede a obra principal deste artigo, será abordada a história de Antígona, a protagonista que, ultrapassando as normas de um rei tirano, rasgou os dedos e quebrou as unhas cavando a terra para sepultar o irmão, em busca de conferir a ele o direito à memória.

Em segundo lugar, por meio de uma perspectiva jurídica e histórica, será analisado os períodos autoritários brasileiros, de modo especial, o século XX, palco de inúmeras guerras e golpes armados, visando pontuar características comuns em governos fascistas e a correlação destes com o direito à memória. Será analisada também a estrutura de Leis Antidemocráticas e quais as consequências dessas legislações na atualidade. Além disso, serão pontuados mecanismos utilizados pelo Governo na redemocratização e seus possíveis resultados no presente.

Em terceiro lugar, será feito um paralelo entre direito à memória e a obra de Sófocles, enfatizando os principais pontos que ajudam a compreender essa norma. Desse modo, por meio de dados e dossiês do período militar, cria-se uma análise conjunta de atitudes comuns à obra que foram utilizadas por governantes ao longo da história. Além disso, para melhor compreensão do tema, serão externados acontecimentos atuais que estão intrinsecamente conectados à obra de Sófocles, bem como músicas e poemas que revelam características comuns ao direito à memória e ao direito natural exigido por Antígona.

Assim, após abordar todos os temas citados anteriormente, será possível compreender como *Antígona* ajuda a explicar o direito à memória e a importância dessa norma para que governos antidemocráticos não voltem a ressurgir. Logo, apenas por meio da discussão dos posicionamentos existentes, será viável analisar a obra à luz do direito à memória, para, assim, compreender a necessidade da construção de sociedades pautadas no respeito à dignidade humana, à liberdade de expressão e à memória.

2 Resumo da obra *Antígona*

Primeiramente, para compreender a tragédia *Antígona*, é preciso conhecer seus ascendentes, isto é, entender a história de Édipo. Sófocles criou uma das maiores obras literárias existentes: *Édipo Rei*. Na lenda grega, Laio e Jocasta, reis de Tebas, são pais de Édipo, assim, quando ele nasce, um oráculo afirma que ele seria a desgraça de sua família, ocasionando a morte de seu pai e desposando sua mãe. Laio, ao receber tal notícia, decide matar seu filho, afinal, Édipo o mataria e ainda tomaria seu lugar como rei. O rei decide que Édipo seria deixado pendurado pelos pés em uma árvore no Monte Citerão até que fosse atacado por feras. Contudo, o empregado encarregado dessa tarefa desobedece às regras de Laio, e Édipo acaba sendo adotado por Políbio, rei de Corinto, que passa a tratá-lo como seu próprio filho.

[...] Um oráculo outrora foi enviado a Laio, não posso dizer se por Apoio em pessoa, mas por seus sacerdotes, talvez... O destino do rei seria o de morrer vítima do filho que nascesse de nosso casamento. Quanto ao filho que tivemos, muitos anos antes, Laio amarrou-lhe as articulações dos pés, e ordenou que mãos estranhas o precipitassem numa montanha inacessível (SÓFOCLES, 1998, p. 34)

Após alguns anos, Édipo decide consultar o famoso oráculo do qual todos falavam, o qual revela a sua maldição: matar seu pai e se casar com sua mãe. Crente que essa revelação envolvia seus pais adotivos, Édipo decide abandonar a cidade para evitar tal desastre. Em certo momento de sua caminhada, encontra um velho homem, com quem discute em uma encruzilhada, esse era seu pai biológico, Laio. Édipo, em um surto de raiva, após a discussão, o mata.

[...] Meu pai é Políbio, de Corinto; minha mãe, Mérope, uma dória. Eu era considerado como um dos mais notáveis cidadãos de Corinto, quando ocorreu um incidente fortuito, que me devia surpreender, realmente, mas que eu talvez não devesse tomar tanto a sério, como fiz. [...] À revelia de minha mãe, e de meu pai, fui ao templo de Delfos; mas, às perguntas que propus, Apoio nada respondeu, limitando-se a anunciar-me uma série de desgraças, horríveis e dolorosas; que eu estava fadado a unir-me em casamento com minha própria mãe, que apresentaria aos homens uma prole malsinada, e que seria o assassino de meu pai, daquele a quem devia a vida. Eu, diante de tais predições, resolvi, guiando-me apenas pelas estrelas, exilar-me para sempre da terra coríntia, para viver num lugar onde nunca se pudessem realizar - pensava eu - as torpezas que os funestos oráculos haviam prenunciado (SÓFOCLES, 1998, p. 57)

Seguindo sem rumo, depara-se com uma Esfinge, criatura mitológica parte humana e parte leão, que aterrorizava todos que ali passavam. O enigma proposto pela esfinge foi: “Qual é o animal que de manhã tem quatro pés, dois ao meio dia e três à tarde?”. Édipo acerta ao responder “o homem”, que, ao nascer engatinha, quando adulto

anda e, ao envelhecer, precisa do auxílio de uma bengala. A Esfinge lhe concede o domínio da cidade, de modo que Édipo se casa com sua mãe, Jocasta, a então rainha e viúva de seu pai, tendo com ela quatro filhos: *Antígona*, *Ismênia*, *Polinice* e *Etéocles*.

Passam-se os anos e, em dado momento, uma peste terrível assola a cidade de Tebas, a população começa a duvidar de Édipo e de sua capacidade como governante. Após consultar o oráculo de Delfos, Creonte, irmão da rainha Jocasta, informa ao rei que, para salvar a cidade e reconquistar a confiança do povo, era preciso punir o assassino de Laio. Édipo conta com a ajuda do Profeta Tirésias. O profeta diz ao rei que o assassino estaria mais perto do que ele imaginava e sua busca por autoafirmação e vingança culminaria em sua desgraça. Ainda assim, Édipo segue em busca do assassino e, em meio à trama, o mensageiro chega com a notícia de que o Rei Políbio havia morrido. A princípio, Édipo sente-se aliviado, pois a maldição teria acabado, entretanto o sábio conta que ele não era filho biológico do rei de Corinto, mas sim de Laio.

Édipo então se lembra da antiga profecia, a que o fez sair da cidade e matar um homem, este que era seu pai e percebe que seu destino se concretizou. Após saber a verdade, sua mãe-mulher se enforca e ele, envergonhado por seus atos, perfura os próprios olhos, mas, permanece em Tebas a pedido de Creonte. Por fim, ao ver seus dois filhos brigarem pelo trono e repetirem os atos tirânicos que ele também havia cometido, amaldiçoa-os e torna-se andarilho mais uma vez.

Aqui se inicia a história de Antígona, filha de um relacionamento incestuoso. Assim que Édipo se cega e abandona o trono, Polinice e Etéocles resolvem dividir a liderança: cada um governaria por um ano, começando pelo filho mais velho, Etéocles. Contudo, após o primeiro ano se passar, o primogênito não abdica o trono e Polinice, revoltado com seu irmão, parte para cidade vizinha - grande rival de Tebas - para reunir forças e conquistar o que é seu por direito: o comando do reino. Ao fim da guerra, os dois irmãos morrem, deixando o trono para seu tio Creonte, irmão de Jocasta.

Assim, o atual rei de Tebas ordena que o corpo de Polinice seja deixado em local exposto para que as aves o comessem, uma vez que ele havia traído sua pátria quando se juntou ao reino inimigo. Já Etéocles receberia todo o ritual fúnebre necessário. Vale ressaltar que os preceitos religiosos na época eram importantíssimos, sendo necessário um ritual normatizado para que o falecido fosse para o "céu".

Antígona, protagonista da tragédia, revolta-se com seu tio, afinal, ambos os irmãos mereciam um enterro digno. Ela, então, desafia o rei e afirma que enterraria o irmão ainda que isso significasse sua morte.

[...] Faze tu o que quiseres; quando a meu irmão, eu sepultarei! Será um belo fim, se eu morrer, tendo cumprido esse dever. Querida como sempre fui, com alguém a quem amava; e meu crime será louvado, pois o tempo que terei para agradar aos mortos, é bem mais longo que o consagrado aos vivos" (SOFOCLES, 2005, p. 9)

Creonte afirma que haveria consequências terríveis para quem enterrasse Polinice e que nada o faria mudar de ideia. A protagonista, revoltada com as atitudes do rei, decide invocar as leis divinas para que, assim, pudesse enterrar o irmão. Para ela, não havia lei que sobrepujasse a dignidade humana e, assim como havia prometido, Antígona o enterra, é descoberta e condenada à morte.

Hermon, filho de Creonte e amante de Antígona, tenta convencer o pai a não executá-la, mas de nada adianta, pois o rei continua com sua posição. Após o diálogo

familiar, Tirésias, profeta conhecido por dizer a verdade a Édipo, conversa com Creonte, em um diálogo profundo sobre como governantes egoístas sofrem consequências terríveis.

A teimosia produz imprudência. Cede diante da majestade da morte: não profanes um cadáver! De que te servirá matar, pela segunda vez, a quem já não vive? [...] Contra ti já se erguem as cidades irritadas, cujos altares estão poluídos pelas exalações dos cadáveres que não receberam sepultura a não ser a das aves e cães. (SOFÓCLES, 2008, p. 67)

O rei tende a mudar de ideia, porém, em uma reviravolta dramática, ao chegar ao local em que Antígona seria executada, Creonte encontra seu filho, Hermon, que havia suicidado logo após a morte de sua amada. Ainda sofrendo com a morte de seu único filho que ainda estava vivo, o tio da protagonista recebe outra infeliz notícia: sua esposa, Eurídice, suicidou-se ao saber que, por causa do egoísmo de seu marido, perdeu seu filho. Desse modo, Creonte sofre amargurado, pois, como consequência de seu ego e do modo autocrático de governo, perdeu sua família e viu seu governo entrar em declínio. Assim, a profecia de Tirésias se concretizou e seu aviso sobre os pontos negativos de um governo para poucos se fez valer por muitos anos.

Um clássico é um livro que nunca terminou de dizer aquilo que tinha para dizer (CALVINO, 1993, *online*). Incesto, traição, busca por poder, relação familiar, essas são algumas temáticas presentes nas obras de Sófocles. Suas tragédias privilegiam o homem e seus sentimentos; o herói compõe toda ação dramática da obra, a partir dele outros personagens desenvolvem suas histórias até o momento em que acontece a catarse. O termo provém do grego “katharsis” e significa “purificação”. A catarse marca o momento em que há um estado de superação e libertação do herói, é a grande descarga de sentimentos que acontece em uma dramaturgia, o exato momento em que o público entra em contato com a linguagem poética, descarregando assim suas emoções.

Nas palavras de Lênio Streck (*apud* MACHADO, 2014, *online*):

Esta tragédia, representada pela primeira vez em 441 a.C., é um belíssimo texto para a compreensão do fenômeno jurídico. Por meio da oposição entre Antígona e Creonte, é possível perceber, pelas mãos de Sófocles, que o Direito não cabe inteiramente na lei. Assim, muitos séculos antes do positivismo exegético, os gregos já haviam desmistificado a “equiparação” ou “igualação” entre lei e Direito. O direito não precisa necessariamente definir uma ilha como uma porção de terra cercada de água por todos os lados, pois pode fazê-lo como “um pedaço de terra que resiste bravamente ao assédio dos mares”.

Os clássicos são aqueles livros que chegam até nós trazendo as marcas das leituras que precederam a nossa e atrás de si os traços que deixaram na cultura ou nas culturas que atravessaram (CALVINO, 1993, *online*). Antígona externa, assim, características presentes no ordenamento jurídico e na sociedade em que vivemos. O direito natural, exigido pelo protagonista, e a necessidade de conferir a ele memória, são

matérias essenciais para discussões acerca de períodos que violam a concepção de Estado Democrático de Direito. Desse modo, serão feitas análises sobre o direito à memória, assim como sua origem e importância em tempos ausentes de direito.

3 Análise do direito à memória

Freud (*apud* PACHECO, 2009, p. 250) dizia que um paciente permanece estagnado no passado quando não o reconhece e se nega recordá-lo, de modo que aquilo não é lembrado, tornando-se, assim, acontecimento recorrente em sua vida. Logo, para que o paciente supere seu trauma, é necessário que ele resgate suas memórias e aprenda com elas. Dessa forma, é interessante observar que a análise freudiana não se restringe apenas ao campo da psicanálise, mas também à história de nações, como o Brasil.

O direito à memória dissemina a ideia do “não esquecimento”, é a luta não apenas das vítimas de momentos autoritários, mas também daqueles que permanecem em luto por elas. Há uma memória coletiva, essa que afeta todos como sociedade, é a lembrança que surge a partir do mundo exterior, produzida por meio da ação de terceiros. Isso porque nossas memórias estão necessariamente atreladas a lugares que nos suscitam lembranças, a testemunhos proferidos por outras pessoas e às lembranças que compartilhamos com outros indivíduos (SILVA FILHO, 2010, p. 186).

O século XX foi marcado por períodos totalitários e genocídios, consequência do “Marco Zero” que o Iluminismo instaurou. No lugar de enfrentar o passado, as democracias modernas instauraram um marco capaz de apagar as feridas, as injustiças e as dores do passado e substituí-las por igualdade (RUIZ, 2009, p. 20). Assim como no Contrato Social – em que tudo começa novamente, ignorando completamente o que aconteceu antes da confirmação dele –, o Brasil relativizou o período ditatorial, esse “esquecimento” externa prejuízos e injustiças históricos.

Exemplo disso é a Lei da Anistia. No geral, tal lei serve para conceder perdão para crimes políticos, contudo, no Brasil, a Anistia serviu como uma “borracha”, que perdoava não apenas intelectuais exilados no período ditatorial, mas também torturadores e militares. Essa tendência ao esquecimento, provocada pelo *marco zero* e pela *anistia* refletem uma realidade desses mecanismos: o uso como pacificadores sociais posteriores aos conflitos armados e às grandes crises.

Logo, é constatável que a sociedade brasileira se encontra sob fortes efeitos da Lei 6683/79, a Lei da Anistia, sendo a maioria deles negativos. É importante compreender que a lei teve o início de sua vigência ainda no período militar, sendo assim, muitos de seus efeitos negativos, como o perdão – quase automático – de torturadores, são reflexo do período em que a mesma vigorou, uma vez que ela foi recebida e interpretada como um apelo ao esquecimento (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2007, p. 28). A sociedade brasileira encontra-se, ainda, sob forte influência do período militar e da anistia, que relativizou anos de tortura, exploração e censura em uma única lei. As Forças Armadas não negam o orgulho que sentem pelo período militar, com figuras importantes negando a existência do golpe, como o Presidente Jair Bolsonaro, que, em março de 2019, negou o golpe e autorizou a comemoração da data pelas Forças Armadas (ADUSP, 2019, *online*). O esquecimento

torna-se ainda mais evidente. Diferentemente do Exército Argentino, nenhum órgão militar brasileiro pediu desculpas públicas pelos 21 anos de ditadura ou pelos inúmeros desaparecimentos (MEZAROBBA, 2006, p. 163).

Além disso, pode-se afirmar que a sociedade brasileira não passou por seu período de luto:

O luto indica uma readequação psíquica à realidade, visto que sem ele o objeto perdido continua a existir, a sua perda não é processada. É o luto que torna possível a reconciliação, dando início a uma nova síntese subjetiva que, após passar por um processo de dor e desolação, desemboca na liberação de um fardo e na possibilidade de uma memória feliz (FERNANDES *et al.*, 2010, p. 61)

Portanto, por existir também uma memória coletiva, já citada anteriormente, a compulsiva repetição dos atos violentos do passado encontra justificativa na grande dificuldade que se tem de, logo após as tragédias coletivas, confrontar o passado violento e traumático. Essa dificuldade de superação encontra-se presente não só no projeto da anistia, mas também na veneração de símbolos e momentos históricos, como acontece com o culto à Segunda Guerra Mundial ou ao recente culto ao Golpe Militar.

Uma das consequências mais atroz desse esquecimento imposto foi a impunidade dos agentes públicos que violaram até mesmo a própria lei que vigorava durante a ditadura militar, torturando, matando e desaparecendo com os restos mortais das suas vítimas. A reprovação a tais atos não foi catapultada para a dimensão simbólica do espaço público brasileiro. Não houve nenhuma investigação, nenhum julgamento, nenhuma condenação. Em um cenário como este, dificilmente se pode concluir que o necessário luto coletivo foi feito (SILVA FILHO, 2010, p. 204)

O direito à memória está intimamente relacionado a uma doença comum à inúmeras sociedades: a amnésia. De acordo com o escritor Eduardo Galeno, “a Democracia nos adoeceu de amnésia, de medo de recordar” (*apud* FREIRE, 2019, *online*). Essa doença externa um direito importante que é constantemente relativizado, os Direitos Humanos. Quando se ignora o passado, de modo especial, um passado de violência, censura e preconceito, ignora-se também a luta pelos Direitos Humanos, esses que conferem dignidade a todos os homens e mulheres, sem distinção de gênero, etnia ou orientação sexual.

Os Direitos Humanos foram criados após uma época que a dignidade humana não era o bastante para se “merecer” estar vivo ou ser detentor de direitos. Esses direitos foram considerados, por muito tempo, um código moral, pois não possuíam caráter impositivo, apenas traçando em linhas gerais: condutas morais, éticas, sociais e culturais, comuns a todos. Apesar de ter sido planejado em 1948, pode-se dizer que apenas em 1993 ele ganhou notoriedade mundial, na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em que representantes mundiais discutiram acerca de suas normas e implementação (FALCÃO, 2009, *online*).

No Brasil, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso criou a Secretaria dos Direitos Humanos, tendo como linha de atuação medidas voltadas para defesa de crianças e adolescentes, educação, proteção às minorias e deficientes. Com a mudança de governo, o sindicalista Luiz Inácio Lula da Silva elevou a Secretaria ao status de Ministério e o país começou a discutir mais acerca dos efeitos positivos que os Direitos Humanos instauraram em níveis mundiais. Em entrevista dada ao jornalista Márcio Falcão (2009, *online*), Paulo Venucchi, ex-Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, afirma: “Não passa um dia sem que ocorra uma violação no Brasil e no mundo, mas isso não significa que não tivemos avanços significativos [...]. Para o especialista, o futuro dos Direitos Humanos está na educação”.

Porém, mais que nunca, os direitos necessários no período pós regime totalitário são esquecidos e questionados, cenas de conflitos armados, governos autoritários, trabalho escravo, tortura, discriminação, fome e pobreza, tão comuns em 1948, ainda pautam o cotidiano das pessoas e estão presentes em 2019. Venezuelanos, em março de 2019, foram encontrados em situação análoga ao trabalho escravo no sul da Bahia (G1 BA, 2019, *online*). Mesmo com casos atuais de escravidão, inúmeras pessoas os ignoram e esquecem o passado escravocrata e racista brasileiro. É o direito à dignidade, que os venezuelanos possuem, mas não são postos em prática, que conferem tamanha necessidade do debate acerca do direito à memória.

Além disso, há outro fator negativo que minimiza a luta pelo direito à memória, a relação positiva que certos grupos possuem com acontecimentos trágicos contra minorias. Há uma manipulação ideológica de narrativas, a memória negativa é vista como conquista, objeto de poder e manipulação. Por isso há tortura, preconceito e protestos favoráveis à ditadura militar. Em uma pesquisa realizada pelo IBGE, em 2008, 26% da população aprovava a tortura, desses, 42% possuíam renda superior a cinco salários mínimos (IBGE, 2008, *online*).

Figuras públicas criam narrativas positivas acerca de períodos não democráticos, como o até então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro, que afirmou, em 2018, “Os portugueses nem pisavam na África. Foram os próprios negros que entregavam os escravos” (GONÇALVES, 2018, *online*). Citações como essa “romantizam” anos de escravidão e, além disso, eximem os verdadeiros autores de suas culpas. Exposições como essa são externadas todos os dias, com o intuito de diminuir o impacto histórico – que ainda se faz presente – de anos de subordinação e injustiças.

A literatura da década de 80 dizia que os julgamentos por violação dos direitos humanos durante os regimes autoritários não seriam apenas politicamente indefensáveis, mas também poderiam minar as novas democracias. O Ministro Nelson Jobim, em entrevista à Agência Brasil (*apud* CONJUR, 2009, *online*), afirma:

Uma coisa é o direito à memória, outra é revanchismo e, para o revanchismo, não contem comigo, existem países sul americanos que estão ainda refazendo o passado, não estão construindo o futuro. Prefiro gastar minha energia construindo o futuro.

Contudo, uma pesquisa desenvolvida por cientistas políticas estadunidenses, Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, publicada em 2007, refutou a tese dos doutrinadores da década de 80. Segundo a pesquisa, países latino-americanos que instauraram Comissões da Verdade, julgaram torturados e militares, obtiveram um avanço positivo em relação à democracia e à diminuição considerável de forças que apoiavam a ditadura (SILVA FILHO, 2009, p. 205). O Brasil, junto com a Guatemala, é o país que menos julgou ou proferiu qualquer movimento para julgar os culpados pelo golpe e, como consequência disso, a Escala de Terror Político – medida utilizada na pesquisa americana para mostrar o desrespeito com os Direitos Humanos – aumentou (SIKKINK; WALLING, 2007). Sendo assim, mesmo com o fim da ditadura ou com a escolha de “focar no futuro”, os índices de violência no Brasil continuam altos e tendem a crescer.

Portanto, é possível confirmar a ideia de que uma sociedade que não encara o passado e não vive seu luto está estagnada em um círculo vicioso, em que a violência, a censura, a tortura e os diversos tipos de preconceito estarão sempre presentes. A “ameaça comunista” será o “traficante” e a justificativa para a omissão de sanções será o “pensamento no futuro”, tornando a história sempre semelhante, possuindo como diferença os protagonistas. Sendo assim, nota-se o quão importante é o Direito à Memória, pois é o principal artifício para escapar da amnésia social e de uma reincidência do passado no futuro. Este artigo insere-se, portanto, na linhagem daqueles que querem olhar o passado para construir um futuro no presente (SANTOS, 2010, p. 14).

4 Como Antígona ajuda a compreender o direito à memória

Em *Antígona*, é possível observar uma série de governos tiranos, primeiro com Laio, que, por medo de perder sua coroa, planeja o assassinato de seu filho. Posteriormente, Édipo, que decide vingar-se do assassino de seu pai, ainda que isso culminasse em sua desgraça. Por fim, Creonte, que, mesmo recebendo inúmeros avisos acerca do perigo de se governar autoritariamente, segue com sua determinação de não conceder um direito básico à Polinice, de modo que, como consequência de sua tirania, perdesse sua família.

Dessa maneira, é possível observar como o ciclo tirânico acontece, mesmo com a constante mudança de governo. É sobre isso que o direito à memória trata, assim como em *Antígona*, o mundo vive um ciclo tirânico graças a inúmeros fatores, mas, em especial, ao esquecimento coletivo e ao receio de enfrentar o passado. Exemplo disso são as recentes declarações do Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, que afirmou em entrevista que, se a esquerda “radicalizar”, uma das respostas do governo poderá ser o AI-5 (*apud* MAZUI, *online*, 2019). O Ato Institucional nº 5, AI-5, definiu o momento mais duro do regime militar, este deu poder aos militares para punir arbitrariamente os que fossem contrários ao regime ou como tal considerados. Atitudes como essa externam não somente as “raízes” ditatoriais e autoritárias presentes em discursos políticos, mas também a necessidade de debates acerca de períodos totalitários e a importância do

Estado Democrático de Direito, isto é, o Estado que tem como fundamento principal os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa.

Gonzaguinha, em uma música para homenagear as vítimas desaparecidas da ditadura, diz “São cruzeiros sem nomes, sem corpos, sem datas. Memória de um tempo onde lutar por seu direito é um defeito que mata” (GONZAGUINHA, 2013, *online*). Ainda que a obra tenha sido escrita após o golpe militar, a letra relaciona-se com o direito exigido por Antígona: a protagonista lutou até o fim para enterrar seu irmão, contudo, assim como na música, lutar por seu direito a matou. De modo semelhante, inúmeras “Antígonas” foram assassinadas durante o período militar; algumas por reivindicarem direitos como a liberdade de expressão e outras por exigirem o direito à memória de seus filhos.

Iara Iavelberg nasceu em 1944, cursou psicologia na USP e dedicou sua vida a movimentos sociais. Ainda que não fosse dirigente dos movimentos estudantis, era considerada um mártir para os militantes estudantis. Iara se casou aos 16 anos com Carlos Lamarca, que seria, anos depois, o inimigo número um do regime militar. Iara foi encontrada morta em seu apartamento, em 1971. A princípio teria se suicidado, pois sabia que seria presa pelos militares, entretanto houve uma demora na oficialização de seu óbito; a própria nota demorou cerca de um mês para ser divulgada. A Marinha registrava que “foi morta em ação de segurança”, enquanto isso a Aeronáutica afirmava que “suicidou-se em Salvador/BA em 06/08/2001, no interior de sua residência, quando foi cercada pelos militares”. A incongruência dos dados, as mortes sem justificativas, os corpos sem entradas no necrotério e os óbitos sem perícia evidenciam algo comum no período militar: a tentativa de encobrir mortes forjando desaparecimentos (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 173).

A tentativa de apagar os registros e até mesmo a existência de opositores do regime militar externa implicitamente a importância de personagens que são sinônimos de resistência em momentos autoritários e a manipulação do governo em relação à memória coletiva. Lembrar-se de opositores à ditadura preserva o sentimento revolucionário, as vivências da coletividade, de grupos sociais e, o mais importante, *lembrar* preserva, para as próximas gerações, a complexa experiência histórica acumulada, ou seja, a transmissão de um legado antiautoritário e a perpetuação da luta em busca do direito à memória (PADRÓS, 2002, *online*).

Iara assim como Antígona, Hermon, Jocasta e Polinice são vítimas da relativização do direito à memória; a amnésia tornou-se a maior inimiga da população e do desenvolvimento humano. A protagonista da tragédia grega enterra o irmão com as próprias mãos, rasgando os dedos e perdendo as unhas para, assim, conferir um direito básico que foi negado. Assim como Antígona, inúmeras mães lutam pelo direito de enterrar seus filhos, essas são conhecidas como “as mães da praça de maio”. O movimento aconteceu durante a ditadura argentina, na década de 70. Os protestos começaram quando as mães perceberam que seus filhos, dados como “desaparecidos”, não iriam retornar. A movimentação começou com cerca de 14 mulheres, que, em dupla, uma vez que os militares haviam proibido aglomerações, protestavam ao redor da praça de maio, em frente da sede do governo em Buenos Aires (VALIENTE, 2017, *online*).

Em entrevista dada à jornalista Irene Valiente (2017, *online*), Taty Almeida, integrante da linha fundadora das mães de março, afirmou:

Desgraçadamente, existimos porque nos tomaram o que é mais valioso para uma mulher. Lembramos deles sempre com alegria porque eles eram assim: amavam a vida. Mas não aceitamos que nos chamem de heroínas, fizemos o que qualquer mãe faria por um filho.

Diferentemente da relação brasileira com o regime militar, os argentinos enxergam atos favoráveis ao regime militar como uma desonra – vale salientar que o país teve o regime militar mais violento dentre todos os países sul-americanos, com ao menos 30.000 vítimas confirmadas. Não há estatuas ou condecorações públicas de militares e torturadores, pelo contrário, muitos desses morreram no ostracismo, sem sequer saber onde estão seus túmulos (CARNEIRO, 2016, online). Desde 2006, cerca de 209 condenações foram proferidas pelos tribunais argentinos; outros 715 militares aguardam sentença (MOLINA, 2019, online). Desse modo, a ditadura argentina continua viva e sempre estará. Contudo, agora ela faz-se presente nos tribunais e na memória da sociedade, que não a ignora, mas aprende com o passado sombrio e violento.

A memória representa a capacidade de recordar, conservar e lembrar estados de consciência e experiências vividas. A memória da sociedade é construída por um grupo de informações que são filtradas e escolhidas para preservar a história da humanidade. Entretanto, essa seleção de fatos pode ser facilmente manipulada, por meio da escolha do que deve ou não ser tratado como memória e história de uma sociedade. Dependendo do acontecimento, pode-se fazer com que um episódio marcante seja produzido ou resignificado, fazendo com que a sociedade crie uma memória distinta da realidade dos fatos ocorridos (CAMPIDELI, 2010, *online*).

Exemplo disso é Duque de Caxias, patrono das Forças Armadas e personagem principal do discurso de Jair Bolsonaro após sua eleição (FERREIRA, 2018, *online*). Luís Alves de Lima e Silva tem sua narrativa construída como um herói nacionalista, lutou na Revolta da Farroupilha e comandou o exército no maior conflito internacional sul-americano, a Guerra do Paraguai. Caxias tem sua memória diretamente relacionada ao heroísmo e ao patriotismo, contudo, poucos sabem que Luís, na verdade, era escravocrata e propôs uma pacificação seletiva, em que as elites eram as maiores beneficiadas. Além disso, foi responsável por 1700 mortes de lanceiros negros que lutaram ao seu lado na revolta da Farroupilha. Em carta endereçada ao comandante da operação, Duque diz: “Poupe o sangue brasileiro o quanto puder, particularmente da gente branca da Província ou dos índios, pois bem se sabe que essa pobre gente ainda pode ser útil no futuro” (SANTOS, 2018, *online*). A manipulação de narrativas acerca de momentos históricos e de suas verdadeiras consequências tem se mostrado uma ferramenta para o domínio de massas e controle de possíveis revoltas. O historiador francês Jaques Le Goff (*apud* ANHEZINI, 2011, p. 653) diz:

[...] Tornar-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos e dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores desses mecanismos de manipulação da memória coletiva.

Exemplo de resistência a essa tentativa de manipulação à memória coletiva e à história são as “Mães órfãs de filhos que o Estado levou”, mães brasileiras que lutam pela memória de seus filhos assassinados por policiais civis, militares ou por soldados do Exército, em plena democracia. Unidas na luta e na dor, elas buscam esclarecimentos, justiça e reparação do Estado, afirmando que seus filhos foram mortos de modo ilegal e ilegítimo, a partir da ação direta ou omissão dos agentes públicos (ANDRADE, 2019, online). Entre 2007 e 2019, somente no Estado do Rio de Janeiro, 57 matérias sobre crianças vítimas de bala perdida foram publicadas, sendo mais de 82% delas moradoras de comunidade; em 25 dos casos a bala atingiu o peito ou a cabeça das vítimas e 47 destes eram pretos ou pardos. (CALLAMARD, 2020, *online*).

César Mc, em sua música “Quem tem boca vaia Roma” (2018, *online*), diz:

[...] Ainda somos mira, alvo, ira! Educação? Gorjeta! Onde a bala perdida sempre acha a pele preta! E tiros de borracha apagam a história de quem nem teve caneta!

[...] O verso é fogo nesse lobo sorrindo. Que querem se passar por ovelhas, mas tem sangue nos caninos! Feridas da escravidão já não se curam com gaze! [...] E a ditadura é tipo diabetes: silenciosa! Vão dizer que é inofensiva até que seja desastrosa! (LEMOS, *s/d, online*)

De certo, é possível comparar a sucessão de governos de Tebas e o Estado Militar de 64 a um lobo. Analogamente à composição de César, em Tebas era imprescindível manter o governo sólido e inabalável aos olhos da população, por isso, Édipo parte em busca de vingança contra o assassino do último rei, como uma forma de autoafirmar sua regência. Assim como Creonte reage com receio ao saber que o povo aprovara a atitude de Antígona, o desafio da protagonista contra seu governo poderia expor a fragilidade de seu modo de comandar. Enquanto isso, de modo semelhante, o período ditatorial brasileiro foi marcado por inúmeras tentativas de “camuflagem” de mortes e torturas, os militares tentavam transmitir à imagem de mártires a favor do povo, não de vilões. Exemplo disso é o registro de inúmeros dossiês em que o termo “desaparecido” foi usado para encobrir vítimas de tortura, sequestros e assassinatos, mortes que as autoridades do Estado não quiseram assumir. Nos jornais da época, a versão que circulava era sempre a mesma: as vítimas haviam sido mortas em trocas de tiro, cometido suicídio ou haviam sido atropeladas em tentativas de fuga (SANTOS, 2008, *online*).

Após 31 anos da promulgação da Constituição de 1988, considerada o marco inicial do Estado Democrático de Direito no Brasil, apenas três corpos foram encontrados e velados pelos familiares das vítimas: Maria Lúcia Petit, Luiz Henrique Tereza Lisboa e Denis Casemiro (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 49). Juridicamente, os crimes permanentes são aqueles que se estendem ao longo do tempo, ou seja, estão sendo cometidos a todo instante, desde o momento de sua execução. Por exemplo, em um sequestro o criminoso continua cometendo o crime enquanto mantiver a vítima em cárcere, a cada momento do crime o sequestrador está cometendo a mesma infração, isso pode durar anos. Apesar de ser somente um crime, o juiz irá levar em conta

a sua duração desse, de modo que sua pena aumente na proporção do tempo em que a vítima foi sequestrada (FRANCO, 2018, *online*).

Atualmente, procuradores e juristas consagrados falam sobre os crimes permanentes da ditadura, isto é, ainda que a Lei da Anistia – já externada nesse artigo – tenha concedido o perdão aos crimes cometidos entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, a ocultação de cadáver continua sendo um crime permanente, ou seja, a acusação seria pela ocultação de cadáver, não pelos homicídios cometidos e anistiados. Logo, o argumento dos juristas é que, apesar de o crime ter começado no período encoberto pela Anistia, ele permanece até hoje, sendo assim, deve ser punido (FOLHA DE S. PAULO, 2013, *online*).

É certo que a redemocratização no Brasil permanecerá inacabada enquanto não houver uma apuração dos crimes cometidos contra os direitos humanos nos “anos de chumbo”. Por isso é necessária a análise de testemunhos e documentos oriundos do período militar; em dois de novembro de 2005, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU recomendou que o Brasil torna públicos os documentos relevantes sobre abuso aos direitos fundamentais. O relatório divulgado pela ONU diz: “Não estamos pedindo a abertura de todos os arquivos da ditadura no Brasil, mas queremos a abertura daqueles que possam permitir que se investiguem os casos de tortura” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 25).

Contudo, a União vetou o acesso a esses arquivos no mesmo ano. Fernando Henrique Cardoso, em 2002, havia assinado o “sigilo eterno” desses documentos, enquanto isso, Lula, o então presidente, o manteve. Tanto para o governo de Cardoso, quanto para o de Lula, a pressão do meio militar, especialmente da reação do exército, foi a maior justificativa da restrição (MAGALHÃES, 2003, *online*).

O direito à memória carrega consigo uma série de exigências que partem da população; é o despertar de consciência que exige o cumprimento de direitos ligados à dignidade humana, ao reconhecimento de minorias étnicas e sociais e à integridade física e moral da população. O amadurecimento social é fator importante para que o direito à memória se efetive nas sociedades. Um direito só é exigido quando ele faz parte da consciência coletiva da maioria, ou seja, quando há um vínculo identitário entre a norma e a população (CAMPOS, s/d, *online*). Sendo assim, a amnésia que os governos utilizam como instrumento de manipulação influencia diretamente a consciência coletiva da população. A manutenção de narrativas acerca de períodos ausentes de direitos acontece constantemente. Governos autoritários controlam os fatos passados e os ressignificam para que a identificação com direitos favoráveis à democracia, como o direito à memória, não existam no pensamento de grande maioria da população. George Orwell exemplifica isso ao afirmar que “quem controla o passado controla o futuro; quem controla o presente controla o passado” (*apud* PADRÓS, 2002, *online*).

A manipulação de fatos históricos e o constante afastamento da população com o direito à memória podem ser observados nas recentes atitudes do Presidente da República, Jair Bolsonaro. Em julho de 2019, ele afirmou saber como o pai do presidente da Ordem Brasileira de Advogados (OAB), Felipe Santa Cruz, havia sido morto. O pai de Santa Cruz desapareceu quando o filho tinha dois anos, sob acusação de participar das forças armadas opositoras ao regime, embora nunca tenha figurado entre os membros contrários nos registros oficiais. Para o jornalista e escritor espanhol, Juan

Arias, sua esperança é que o desafio de Bolsonaro ao presidente da OAB possa criar um calafrio de medo e desilusão em parte dos brasileiros, uma vez que há sentimentos humanos que devem superar ideologias e posicionamentos políticos (ARIAS, 2019, *online*).

Jair Bolsonaro, ao proclamar tal afirmação, se assemelha a Creonte, ambos desafiaram o direito à memória e à dignidade das vítimas, além de tentarem constantemente ressignificar atos e momentos autoritários, relativizando a negatividade de momentos ausentes de democracia. Na obra, Antígona desafiou as ordens de seu tio, rasgou os dedos e quebrou suas unhas, mas ainda assim sepultou Polínice. As lutas de grupos sociais assim como a das Mães da Praça de Maio externam o desejo de mudança e de justiça. Elas são as “Antígonas” da atualidade.

O direito à memória, elucidado pela obra de Sófocles, tem como intuito relembrar o passado, para que, assim, encerre-se um ciclo violento e ausente de direitos. É olhar a história sem criar novas narrativas que beneficiem posicionamentos ideológicos ou a idealização de novos mártires, mas, sim, conceber memórias conscientes de aprendizado e livres de manipulação, que possam amadurecer o pensamento da população e efetivar direitos importantes, como os Direitos Humanos e o direito à memória. Esse pensamento é extremamente necessário para todos os períodos históricos, mas, de modo especial, para os tempos atuais, em que discursos totalitários têm adquirido força.

5 Considerações finais

Diante do exposto, fica evidente que, historicamente, o direito à memória foi relativizado. A manipulação da memória coletiva foi, durante séculos, instrumento de manutenção de governos autoritários. Além disso, ainda que *Antígona* seja uma obra antiga, suas reflexões são pertinentes ao momento social brasileiro, uma vez que, assim como na obra, a população não enfrentou seu período de luto ou aprendeu com as memórias do passado.

Desse modo, casos como os citados nesse texto ainda ameaçam a democracia e os direitos fundamentais. A ressignificação de momentos violentos da história cria narrativas que moldam o pensamento de grande parte da população, fazendo com que adeptos a movimentos antidemocráticos cresçam e ganhem espaço no cenário político e social. O Marco Zero e a Lei da Anistia exemplificam casos em que a política do esquecimento atuou em favor de estados tirânicos, pois foram utilizadas como pacificadores sociais posteriores a governos em que a ausência de direitos era a principal característica.

Assim, é racional afirmar que as consequências da ausência do direito à memória, tanto atualmente quanto na obra de Sófocles, possuem raízes históricas em que o passado era utilizado como mecanismo de controle social. Outrossim, a relação positiva que certos grupos criam com acontecimentos trágicos contra minorias minimiza a luta pelo direito à memória. Lembranças de sofrimento, que deveriam ser vistas com empatia, são observadas como conquistas e objetos de poder. Assim, a perpetuação de pensamentos antidemocráticos por meio de figuras públicas tem sido um catalisador

para o apoio maçante a normas que diminuem direitos fundamentais que sequer estão sendo cumpridos.

Ademais, figuras de resistência como Antígona e as “Mães órfãs de filhos que o Estado levou” representam a luta pelo direito à memória e pela dignidade humana. Em tempos em que o ser humano não é suficiente para “merecer” direitos ou estar vivo, personagens que lutam pelo simples direito de existir, falar e ser ouvido são exemplos de que a manipulação da memória não conseguiu atingir a todos e que o desejo de justiça, como o da protagonista de Sófocles, ainda está presente em parte da população que está disposta a lutar por sua dignidade.

Logo, é possível notar que a sociedade brasileira se encontra sob forte influência de mecanismos utilizados como pacificadores sociais, além de que, na realidade, pequena parte encarou e aprendeu com o luto advindo de momentos violentos da história. Grande parte da população apenas ignorou a ausência de direitos, as torturas e as mortes da ditadura, com essa se tornando símbolo cultuado por governos atuais. Assim como em *Édipo Rei* e *Antígona*, a sociedade tem caminhado em favor da repetição de atos violentos. O século XX, que foi marcado por genocídios e golpes, não está distante da realidade do século XXI. A tendência de permanecer no círculo vicioso e autoritário perpetuará enquanto não houver a compreensão de que observar o passado e aprender com ele é parte da construção de um futuro melhor.

Por fim, é necessário que *Antígona* seja exemplo de resistência a governos antidemocráticos e que haja compreensão da necessidade de perpetuar o direito à memória. Olhar e entender o passado é fundamental para construir um futuro igualitário e humano. Criar narrativas deturpadas de acontecimentos trágicos não influencia apenas a vida da população, mas também a história de pessoas que lutaram para conferir dignidade as próximas gerações. Assim como a protagonista de Sófocles, é preciso ter resistência em tempos de amnésia social. Lutar pelo direito à memória é garantir respeito ao passado e construir um futuro livre de tortura, opressão, fascismo e desmerecimento.

Referências

ANADRADE, Juliana. Agência Brasil. **Mães da Praça de Maio completam 40 anos de luta pela memória e pela vida**. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/maes-da-praca-de-maio-completam-40-anos-de-luta-pela-memoria-e-pela>. Acesso em: 14 out. 2019.

ANHEZINI, Karina. **A escrita histórica e suas múltiplas faces**. São Paulo: UNESP, 2011.

ARIAS, Juan. **Bolsonaro se apequena ao dizer que sabe como se matava e torturava na ditadura**. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/29/opinion/1564427853_507681.html. Acesso em: 1 dez. 2019.

ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Governo Bolsonaro nega Golpe de 64 e Forças Armadas preparam-se para comemorar novamente a Ditadura Militar.** 2019. Disponível em: <http://www.adusp.org.br/index.php/ditadura-militar/3260-governo-bolsonaro-nega-golpe-de-1964-e-forcas-armadas-preparam-se-para-comemorar-novamente-a-ditadura-militar>. Acesso em: 8 ago. 2019.

CALLAMARD, Agnes. **Violência letal contra crianças e adolescentes decorrentes da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro.** 2020. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Violência-letal-contra-crianças-e-adolescentes-decorrentes-da-pol%C3%ADtica-de-segurança-pública-no-estado-do-Rio-de-Janeiro.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Direito à memória e à verdade:** Seminário. Brasília: Edições Câmara, 2012.

CAMPIDELI, Angélica de Castro. **A manipulação da memória coletiva.** 2010. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/artigos-de-cultura/2549942>. Acesso em: 8 nov. 2019.

CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. **A memória como direito: o fenômeno jurídico como experiência de aprendizado o papel do direito na construção da memória coletiva.** [s/d]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddd9dda6bfaf0bb1>. Acesso em: 12 de nov. 2019.

CALVINO, Ítalo. **Por que ler clássicos.** Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

CARNEIRO, Mariana. **Argentina ainda discute quantas foram as vítimas da última ditadura militar.** 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/02/1735938-argentina-ainda-discute-quantas-foram-as-vitimas-da-ultima-ditadura-militar.shtml>. Acesso em: 14 nov. 2019.

CONJUR. **Para Jobim, ideia de punir militares é “revanchismo”.** 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-11/ideia-punir-militares-ditadura-revanchismo-nelson-jobim>. Acesso em: 12 set. 2019.

FALCÃO, Márcio. **História:** Direitos Humanos 60 anos depois. 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1222:reportagens-materias&Itemid=39. Acesso em: 3 set. 2019.

FERNANDES, A. S. *et al.* **Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964 – 1985): história e memória.** Porto Alegre: Corag, 2010.

FERREIRA, Paula. **Entenda quem foi Duque de Caxias**: citado por Bolsonaro como pacificador, militar reprimiu revoltas populares e foi líder conservador. 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/entenda-quem-foi-duque-de-caxias-citado-por-bolsonaro-como-pacificador-militar-reprimiu-revoltas-populares-foi-lider-conservador-23206531.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

FREIRE, Maria Eduarda. **Amnésia**: a doença da sociedade brasileira. 2019. Disponível em: <https://portaldisparada.com.br/politica-e-poder/amnesia-doenca-brasileira/>. Acesso em: 13 ago. 2019.

FREUD, Sigmund. **Rememoração, repetição, perlaboração**. Paris: PUF 1992.

FOLHA DE S. PAULO. **Ditadura**: crime permanente x crime continuado. 2013. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/category/crime%20permanente>. Acesso em: 13 out. 2019.

G1 BA. **Venezuelanos em situação análoga ao trabalho escravo são resgatados no sul da Bahia; dois são presos**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/04/18/venezuelanos-em-situacao-analoga-ao-trabalho-escravo-sao-resgatados-no-sul-da-bahia-dois-homens-sao-presos.ghhtml>. Acesso em: 2 set. 2019.

GONÇALVES, Gêssica Brandino. **“Portugueses nem pisaram na África”, diz Bolsonaro sobre a escravidão**. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/portugueses-nem-pisaram-na-africa-diz-bolsonaro.shtml>. Acesso: 3 ago. 2019.

GONZAGUINHA, Luiz. **Pequena história de um tempo sem memória**. 2013. Disponível em: <https://terradegigantes65.wordpress.com/2013/01/15/gonzaguinha-e-vamos-luta-para-lembrar-dos-esquecidos-que-lutaram-por-seus-direitos/>. Acesso em: 12 out. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRÁFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisas de informações básicas estaduais**. 2008. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94541.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond borders**: advocacy networks in international politics. Ithaca and London: Cornell University Press, 1998.

LEITE, Laís Andrade Furtado. **Direito à memória e verdade como mecanismo de transição**. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/06/07/direito-a-memoria-e-verdade-como-mecanismo-da-justica-de-transicao/>. Acesso em: 29 ago. 2019.

LEMOS, César. **Quem tem boca vai a Roma**. [s/d]. Disponível em:
<https://www.lettras.mus.br/cesar-mc/quem-tem-boca-vaia-roma/>. Acesso em: 28 out.
2019.

MACHADO, Ricardo. **Direito e Literatura em 5 obras**. 2014. Disponível em:
<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5509-lenio-streck-3>. Acesso em: 1º out. 2019.

MAGALHÃES, Mário. **História oculta**: Lula mantém sigilo “eterno” de documentos.
2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2004200310.htm>.
Acesso em 14 nov. 2019.

MARCON, Heloisa Helena. **Antígona**: palavra oracular (pura) e palavra analista. 2007.
Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-
14982007000100003](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982007000100003). Acesso em: 30 out. 2019.

MAZUI. **Eduardo Bolsonaro dia que, ‘se esquerda radicalizar’, resposta pode ser ‘um novo AI-5’**. 2019. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/31/
eduardo-bolsonaro-diz-que-se-esquerda-radicalizar-resposta-pode-ser-via-um-novo-ai-
5.ghtml](https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/31/eduardo-bolsonaro-diz-que-se-esquerda-radicalizar-resposta-pode-ser-via-um-novo-ai-5.ghtml). Acesso em 20 set. 2019.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas
consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial
Humanitas; FAPESP, 2006.

MOLINA, Federico Rivas. **Na Argentina, falar da ditadura e dos militares que a
conduziram é motivo de desonra**. 2019. Disponível em:
https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/30/opinion/1553971198_297214.html. Acesso
em: 30 out. 2019.

PACHECO, Antônio Carlos. **Saúde e sociedade**. 2009. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902019000200022.
Acesso em: 22 ago. 2019.

PADRÓS, Enrique Serra. **Uso da memória e do esquecimento na história**. 2002.
Disponível em: [http://w3.ufsm.br/literaturaeautoritarismo/revista/num4/
ass02/pag01.html](http://w3.ufsm.br/literaturaeautoritarismo/revista/num4/ass02/pag01.html). Acesso em: 13 nov. 2019

RESENDE, Roberta. **Direito e Literatura**: da realidade à ficção da realidade. 2013.
Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/coluna/lauda-legal/186617/direito-e-
literatura-da-realidade-da-ficcao-a-ficcao-da-realidade](https://www.migalhas.com.br/coluna/lauda-legal/186617/direito-e-literatura-da-realidade-da-ficcao-a-ficcao-da-realidade). Acesso em: 12 out. 2019.

RUIZ, Castor Bartolomé. **Justiça e memória**. Para uma crítica ética da violência. São
Paulo: Editora Unisinos, 2009.

SANTOS, Ale. **Duas faces de Duque de Caxias, o pacificador e o genocida**. 2018. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/8xpad4/as-duas-faces-de-duque-de-caxias-o-pacificador-e-o-genocida. Acesso em: 4 nov. 2019.

SANTOS, Cecilia Macdowell. **Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro**. Brasília: Anistia, 2010.

SANTOS, Sheila Cristina. **A comissão sobre mortos e desaparecidos políticos e a reparação do estado às vítimas da ditadura militar no Brasil**. 2008. Disponível em: <https://leto.pucsp.br/bitstream/handle/3911/1/Sheila%20Cristina%20Santos.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

SECRETÁRIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Direito à memória e à verdade**: Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos. Brasil. 2007. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/memoria-e-verdade/direito-a-memoria-e-a-verdade-2013-comissao-especial-sobre-mortos-e-desaparecidos-politicos/>. Acesso em: 14 set. 2019.

SIKKINK, Kathrym; WALLING, Carrie B. **The impact of human rights trials in Latin America**. 2007. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022343307078953>. Acesso em: 12 set. 2019.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Dever de memória e a construção da história viva**: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do Direito à Memória e à Verdade. 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4306416/mod_resource/content/1/Dever_de_Memoria_e_a_construcao_da_Histo.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Edição de bolso. São Paulo: Editora L&PM, 1998.

SÓFOCLES. **Antígona**. Edição de bolso. São Paulo: Editora Paz & Terra, 2008.

SÜPPTITZ, Tadeu. **Édipo Rei**: crítica. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/255078934/Edipo-Rei-Critica>. Acesso em: 22 out. 2019.

VALIENTE, Irene. **Mães da Praça de Maio completam 40 anos de luta pela memória e pela vida**. 2017. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/sociedade/m-es-da-pra-a-de-maio-completam-40-anos-luta-pela-memoria-e-vida/50000246-3253081>. Acesso em: 11 out. 2019.

ZERLOTTINI, Francisco Alexandre. **Para Jobim, ideia de punir militares é "revanchismo"**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-11/ideia-punir-militares-ditadura-revanchismo-nelson-jobim>. Acesso em: 13 set. 2019.

Equideocultura legal e regulamentação jurídica do agronegócio do cavalo: Projeto de Lei nº 254/2014 – avanços e retrocessos

Legal equideculture and legal regulation of the horse agribusiness: Bill no. 254/2014 - advances and setbacks

Laura Cristina da Silva Meireles

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: lauracris.meireles@yahoo.com

Itamar José Fernandes

Presidente da OAB Patos de Minas. Professor Universitário. Advogado Especialista em Direito Público, Direito Constitucional, Direito Municipal, Gestão Pública Municipal e em Advocacia Trabalhista. Sócio Fundador da BMFG Advogados Associados. Professor orientador do presente artigo.

E-mail: itamarjf@unipam.edu.br

Resumo: Apesar da elevada importância do cavalo, de sua imperiosidade em atividades agropecuárias e de sua grande influência na economia brasileira, a equideocultura no país possui uma regulamentação jurídica defasada que não atende às necessidades desse ramo e dos indivíduos que fazem parte do complexo do agronegócio do cavalo. A necessidade de uma regulamentação que englobe todo o complexo do agronegócio do cavalo se dá uma vez que, uma área que é essencial ao desenvolvimento e à economia do Brasil, necessita de uma regulamentação completa e atual para que exista segurança jurídica em todas as relações, nessa situação, em todos os casos que envolvam o cavalo de forma principal. Sendo assim, a presente pesquisa, do tipo teórica, busca analisar e demonstrar incongruência jurídica na regulamentação atual do agronegócio do cavalo, bem como discutir e apresentar adequação e benefícios trazidos pelo Projeto de Lei nº 254/2014, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Agronegócio. Direito do Agronegócio. Equideocultura. Agronegócio do Cavalo. Regulamentação Jurídica.

Abstract: Despite the high importance of the horse, its imperiousness in agricultural activities and its great influence on the Brazilian economy, equideoculture in the country has outdated legal regulations that do not meet the needs of this branch and the individuals who are part of the horse agribusiness complex. The need for a regulation that encompasses the entire horse agribusiness complex occurs since, an area that is essential to the development and economy of Brazil needs a complete and current regulation so that there is legal security in all relations, in this situation, in all cases involving the horse primarily. Therefore, the present research, of a theoretical type, seeks to analyze and demonstrate legal incongruence in the current regulation of horse agribusiness, as well as, to discuss and present the adequacy and benefits brought by Bill 254/2014, in light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988.

Keywords: Agribusiness. Agribusiness Law. Equideoculture. Horse Agribusiness. Legal Regulation.

1 Considerações iniciais

O Direito não se resume a apenas um ramo, não é único; é, no entanto, composto por vários campos que juntos buscam regulamentar toda uma sociedade. Todas as mínimas questões devem ser regulamentadas para que o corpo social conviva em harmonia e para que exista segurança jurídica em todas as relações, fazendo com que assim possa haver progresso e justiça.

Todas as esferas sociais são relevantes, elementares, e devem estar amparadas juridicamente; uma dessas esferas é a do Agronegócio, tão precípuo à sociedade brasileira, a qual tem como pilar econômico esse indispensável setor. O Brasil é um país ainda substancialmente rural, mantém como base de sua economia a produção e a exportação de produtos agropecuários e necessita do desenvolvimento desse âmbito para que evolua inteiramente.

De mesmo modo, assim como no Direito, o Agronegócio é um complexo, não se compõe por uma única área e sim por uma junção de campos relacionados a todos os tipos de produção. Quando se fala em Agronegócio lembra-se somente da agricultura e pecuária, no entanto o agronegócio é mais que isso, é um complexo formado por tudo relacionado à produção rural.

Uma das subdivisões desse setor é a do ramo da equideocultura, que trata de um dos semoventes mais cruciais ao desenvolvimento do agronegócio e da humanidade, o cavalo. Desde o período dos anos 1.000 antes de Cristo, quando o homem conquistou a montaria, o cavalo passou a ser um aliado inestimável para o ser humano em seu desenvolvimento e foi com a ajuda dele que se tem a sociedade atual como se conhece. Na contemporaneidade, não deixou de ser como há milhares de anos, o cavalo ainda tem extrema importância para o desenvolvimento de atividades ligadas ao campo e, conseqüentemente, para o Brasil como um todo.

Apesar da elevada importância do cavalo, de sua imperiosidade em atividades agropecuárias e de sua grande influência na economia brasileira, a equideocultura no país possui uma regulamentação jurídica defasada que não atende às necessidades desse ramo e dos indivíduos que fazem parte do complexo do agronegócio do cavalo. Levando em conta a lei em vigor (Lei nº 7.291/84), questiona-se: há inconsistência jurídica relevante no texto vigente, que justifique a aprovação de uma nova norma para regulamentar a equideocultura no Brasil, revogando assim a legislação atual? Analisando de uma forma profunda, pode-se perceber uma incompatibilidade da lei atual com a Constituição da República de 1988, a qual será demonstrada.

Buscando solucionar essa questão, foi proposto o Projeto de Lei nº 254/2014 que tramita perante o Congresso Nacional, no entanto é necessário analisar a viabilidade de sua aprovação e os avanços e retrocessos jurídicos que tal projeto legislativo traz para a equideocultura nacional. É preciso verificar em quais pontos a nova lei atende os anseios

da população ligada à área e em quais deixa a desejar sendo comparada à legislação atual, além de verificar sua compatibilidade com a Constituição.

A necessidade de uma regulamentação que englobe todo o complexo do agronegócio do cavalo se dá uma vez que, uma área que é essencial ao desenvolvimento e à economia do Brasil, necessita de uma regulamentação completa para que exista segurança jurídica em todas as relações, nessa situação, em todos os casos que envolvam o cavalo de forma principal. O estudo desse tema se faz necessário e importante, visto que ainda não é amplamente discutido, sendo assim esta pesquisa busca trazer luz ao mundo acadêmico no que concerne ao tema e imprimir segurança jurídica aos operadores da área.

Deve-se, portanto, realizar análise jurídica desde o *agribusiness* e direito do agronegócio, envolvendo a política agrícola na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até a verificação da incompatibilidade ou compatibilidade da Lei 7.291/84 e do Projeto de Lei nº 254/2014 (PL 6092/2017 – nº na Câmara dos Deputados) com a Carta Magna, ressaltando os avanços trazidos pelo projeto de lei ao ordenamento jurídico e ao agronegócio do cavalo.

Finalmente, cumpre registrar que a presente pesquisa é do tipo teórica, porquanto visa a discutir ideias, diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre o assunto; sem se esquecer dos fatos, observa o método dedutivo, a pesquisa bibliográfica e a documental, com consultas a legislação, doutrinas, artigos científicos, acórdãos, revistas, periódicos, relatórios, entre outras fontes do ramo acadêmico e do Agronegócio.

2 A evolução e a importância do Direito do Agronegócio

De extrema importância para o desenvolvimento brasileiro e mundial, o Agronegócio é uma esfera que deve ser regulamentada de melhor forma, para que o desenvolvimento por completo seja alcançado. O Direito do Agronegócio é um sub-ramo recente, mas que tem ligações com ramos mais antigos como o Direito Agrário; dessa forma, faz-se necessário desenvolver uma análise sobre esses dois ramos.

Discute-se acerca da semelhança entre o Direito Agrário e o Direito do Agronegócio, se este não seria apenas um sub-ramo daquele ou se os objetos estudados por tais ramos são os mesmos. Conforme lições de Rafaela Aiex Parra (2019, p. 50), entende-se que os objetos tutelados pelo Direito Agrário e Direito do Agronegócio são distintos, sendo necessário o desenvolvimento de regulamentação jurídica específica para conferir proteção ao agronegócio e atrair investimentos.

Fazendo uma pequena digressão histórica acerca do Direito Agrário, é visto que esse ramo do Direito surgiu na Europa no período da Idade Moderna, tendo sido fundada a *Rivista de Dirito Agrario* em 1922 e tendo sido instituído, na Universidade de Pisa, o primeiro curso acerca desse tema (PARRA, 2019, p. 50). Ocorre que, desde sua criação até a contemporaneidade, o objeto de estudo desse ramo ainda não é completamente definido e correto; ainda hoje se têm pesquisas e discussões sobre o assunto.

Nesse sentido, parte da doutrina – em especial da área do Direito Comercial – entende que o Direito Agrário tem por função regular as interações que ocorrem entre os proprietários e produtores rurais, e entre estes com o Estado, de forma a proteger a propriedade e a produção rural, sob o princípio da função social da terra. (PARRA, 2019, p. 52)

Seguir-se-á, portanto, o entendimento de que o objeto do Direito Agrário está concentrado no caráter da propriedade rural em si, na questão da terra rural e suas regulamentações.

Verificando a história do Direito Agrário no país, vê-se que surgiu com a publicação da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, conhecida como Estatuto da Terra. Tal normativa se concentra em regulamentar propriamente as questões fundiárias, como questões acerca da distribuição e proteção da terra, usucapião e o conceito da propriedade rural (PARRA, 2019, p. 52). A partir da edição do Estatuto da Terra, a atividade agrícola passou a se desenvolver fazendo com que o campo passasse a se modernizar no país; ocorre que a regulamentação desse setor não acompanhou o mesmo ritmo de desenvolvimento e continuou se delimitando a questões apenas relacionadas a terra em si.

A modernização do setor agropecuário fez com que se interligasse com várias outras áreas da sociedade; não mais sendo considerado um setor isolado e englobando toda a cadeia produtiva “antes da porteira”, “dentro da porteira” e “após a porteira”, surgindo o complexo chamado Agronegócio. Dessa forma, o *agribusiness* está intimamente ligado a outras áreas, como exemplifica Alessandro Porporatti Arbage (2012, p. 208), ao afirmar que o estudo para compreender o mundo rural é amplo e sistêmico, integrando-se com várias matérias, inclusive com o Direito, construindo uma nova e intrincada rede de conhecimentos tanto em nível empresarial quanto em termos acadêmicos.

Levando em consideração tal desenvolvimento e interação com outras esferas, o Direito Agrário, atento somente às questões fundiárias, não é capaz de regulamentar o agronegócio como um todo, sendo necessário para que ocorra essa regulamentação normativa a criação de um novo ramo ou sub-ramo do Direito que abarque todo o complexo atual, dessa forma surge o Direito do Agronegócio.

A partir de então, o mercado agroindustrial tem adotado modelo de alta tecnologia, que envolve investimentos em biotecnologia, adoção de contratos atípicos, de instrumentos de créditos, cooperação com a indústria e o comércio, acordos logísticos, etc. Assim, a tendência tem sido utilizar novos modelos de negócios, de organização interna, de contratos e de investimentos, deixando para trás a mera análise do negócio sob o viés do Direito Agrário, pois se torna necessário entender o agronegócio de forma integrada e sistemática. (PARRA, 2019, p. 55)

O agronegócio, portanto, retrata uma nova maneira de tratar a economia rural e tudo a ela relacionado. O mercado do *agribusiness* brasileiro se desenvolveu de modo a influenciar de grande forma a economia nacional e, por ter tanta relevância, necessita

de uma regulamentação específica. Nessa senda, o Direito do Agronegócio surge como um ramo do Direito recente que busca regulamentar essa nova forma de mercado, conforme se pode perceber nas lições de Renato Buranello (2018, p. 19/20), uma nova posição econômica demanda uma nova sistematização, sendo, dessa forma, necessária a integração de um subsistema jurídico com o direito do agronegócio, com normas que regulamentem melhor as atividades econômicas, agroindustriais e de seus mercados.

A regulamentação da cadeia agroindustrial não é sistêmica, pelo contrário, é escassa e esparsa, não há código específico para essa área; nem todas as questões inerentes ao agronegócio são regularmente protegidas pela lei. A consequência dessa falta de sistematicidade e regulação é a grande insegurança jurídica gerada quanto às relações dessa esfera, visto que, se não há uma regulamentação eficaz, por consequência, os negócios carecem de proteção e segurança do ponto de vista jurídico.

As principais leis relativas ao Direito do Agronegócio começaram a ser promulgadas nas décadas de 80 e 90. São de fato muito recentes, não seguem uma sequência lógico-normativa, são esparsas, cada uma regulamentando um assunto e não possuem sistematicidade entre si. Mesmo sendo legislações recentes, algumas delas se encontram defasadas, visto que o complexo do agronegócio estava no início do seu desenvolvimento e, agora, cerca de quatro décadas após, com a globalização e desenvolvimento das tecnologias digitais no campo (como a agricultura 4.0, a qual utiliza maquinário e tecnologia de ponta para melhorar a produção), o *agribusiness* alcançou um novo patamar que necessita de um aparato jurídico também desenvolvido para que possa ocorrer a segurança jurídica nas relações do setor.

A propriedade rural, antes vista pelo Direito Agrário apenas como tal denominação, hoje é entendida pelo Direito do Agronegócio como uma empresa rural, englobando assim todo um setor de comercialização e industrialização. Dessa forma, as normas regulamentadoras precisam se atualizar para conseguir atender a todos os componentes do agronegócio de uma forma satisfatória, é o que nos afirma Parra:

Além disso, quando passa a entender a produção sob o viés da empresa agrária, relativiza o critério da agrariedade em prol da empresariedade, que é o elemento caracterizador do objeto de estudo do Direito Comercial. Tendo em vista as complexas operações realizadas pela empresa agrária, percebe-se que, apesar dos esforços para acompanhar os avanços do agronegócio brasileiro, o Direito Agrário não consegue englobar todas as relações e as atividades desenvolvidas nessa complexa rede de transações, necessitando do auxílio de outros ramos do Direito.

Diante da falta de proteção jurídica dessas atividades que integram as cadeias do agronegócio, seja a produção de insumos ou bens primários, seja o transporte, armazenamento, a comercialização e distribuição no geral, bem como seja o financiamento de todas essas atividades, é extremamente urgente e prioritário aprimorar os mecanismos de coordenação horizontal e vertical da organização agroindustrial. Essa será a única forma de potencializar a produção e distribuição de alimentos, fibras e bioenergias para o mercado

doméstico e exterior, transformando o Brasil em líder global nessa rede de negócios. (PARRA, 2019, p. 59-60)

Ocorre que é notória a falta de regulamentação desenvolvida e atualizada, o que traz prejuízos para o setor, visto que, desse modo, diminui a atratividade de investimentos, o que acarreta um desenvolvimento de forma mais lenta.

Passando a uma análise do objeto de estudo do Direito do Agronegócio, verifica-se que trata de todas as relações inerentes ao *agribusiness* antes, dentro e após a porteira. Não se confunde de nenhuma forma com o objeto de estudo do Direito Agrário que, conforme já mencionado, se atém apenas às questões da terra.

Quanto à localização do Direito do Agronegócio no mundo jurídico, a maior parte da doutrina entende que ele ainda está localizado como um sub-ramo do Direito Comercial, visto que regulamenta todas as relações comerciais entre empresários rurais.

Portanto, o Direito do Agronegócio, sub-ramo do Direito Comercial, que regula as relações entre empresários dessa cadeia, serve de base teórica para criação de mecanismos de proteção jurídica e de coordenação de transações ocorridas no âmbito do agronegócio. Devido aos inúmeros obstáculos – inclusive jurídicos – ao seu pleno desenvolvimento no mundo globalizado contemporâneo, é preciso organizar as cadeias agroindustriais brasileiras na forma de operações contratuais conexas. [...].

Delimitando-se o objeto do Direito do Agronegócio – a cadeia de negócios agroindustriais –, pode-se notar que há nítida distinção com o objeto que busca proteger o Direito Agrário, que tem por foco principal a produção primária de bens. [...].

Constata-se, diante disso, que o objeto do Direito do Agronegócio trata de atividades que transcendem a agrária (que é desenvolvida ‘dentro da porteira’ ou intrinsecamente relacionada a ela), tendo em consideração que abrange a totalidade de relações jurídicas que ocorrem nas cadeias de produção, comercialização e industrialização de produtos, incluindo junto ao mercado financeiro e de capitais. Esse sub-ramo jurídico está diretamente ligado às forças de mercado e a um contexto empresarial, e; por um outro lado, o Direito Agrário tem se preocupado em regular a utilização da terra pelo homem, bem como as relações entre os proprietários e produtores, e suas relações com o Poder Público, tendo por finalidade precípua a função social da propriedade. (PARRA, 2019, p. 61)

Analisado seu surgimento e objeto de estudo, percebe-se a importância desse novo ramo ou sub-ramo do Direito, pois as questões relacionadas ao agronegócio são de extrema relevância para o desenvolvimento e para a economia nacional, suscitando, dessa forma, que sejam regulamentadas de forma eficaz para que as relações nessa esfera tenham proteção e segurança jurídica.

A regulamentação jurídica do agronegócio ainda necessita de aperfeiçoamentos, discussão e pesquisa. Sendo assim, é essencial uma exploração maior sobre temas dentro dessa área para o aprimoramento do Direito do Agronegócio.

2.1 *Agribusiness*

Desde o surgimento da raça humana, o homem sempre esteve envolvido com a terra. Em um primeiro momento, era um ser extrativista e nômade, mas, com o domínio das técnicas de plantio e domesticação de animais, passou a fixar moradia e produzir seu próprio alimento.

A agricultura e a pecuária, principais atividades agrícolas, desenvolveram-se ao longo das eras e hoje atingiram um alto patamar no uso de tecnologias. Tais setores deixaram de ser isolados e se integraram a diversos outros, formando uma rede concatenada que tem por base a produção. Assim, formou-se o que chamamos de agronegócio.

O agronegócio ou *agribusiness* foi um termo criado pelos autores John Davis e Ray Goldberg, em 1957, conforme citado na obra de Renato Buranello:

O processo de transformação da agricultura acompanhou a evolução do setor agrícola norte-americano. Nesse contexto, devido aos estudos de Havard, John Davis e Ray Goldberg, surgiu, em 1957, o termo *agribusiness*, que coloca a matriz insumo-produto no centro dos negócios agrícolas, matriz esta derivada da utilização de diversos processos produtivos e de serviços na nova realidade da agricultura. Segundo esses autores, *agribusiness* é: ‘... a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles’. (DAVIS, J. H.; GOLDBERG, R. A., *apud* BURANELLO, 2018, p. 30)

O *agribusiness* atual se encontra ainda mais desenvolvido, conectado com outros setores e com produções cada vez mais diversificadas. Por ser de suma importância para o desenvolvimento do país, o agronegócio contemporâneo está se desenvolvendo rapidamente e buscando cada vez mais trazer inovações para a melhoria do setor.

O agronegócio não se refere apenas conceitos básicos como a agricultura e pecuária, e sim a um complexo, o qual engloba tudo relativo à produção rural. Conforme lições do autor Alessandro Porporatti Arbage (2012, p. 206-207), a junção entre a produção agropecuária propriamente dita, as atividades situadas à montante da produção rural e as atividades situadas à jusante da produção rural, toda essa gama de empresas, instituições e pessoas ligadas direta ou indiretamente compõem o chamado *agribusiness* ou agronegócio.

Anteriormente, as atividades da produção rural eram vistas somente como aquelas realizadas dentro das fazendas ou propriedades rurais. Ocorre que as demandas de consumo se intensificaram e se tornaram maiores as buscas por produtos variados. Dessa forma, para acompanhar tais demandas cada vez mais crescentes, o campo se desenvolveu, evoluindo tecnologicamente, não abarcando apenas o que é produzido dentro da propriedade rural, formando assim o conjunto de atividades que hoje conhecemos como agronegócio.

Hoje, as atividades econômicas podem ser desmembradas em *antes da porteira, dentro da porteira e após a porteira*, representadas pelo conceito de *agribusiness*, que visa a dar amplitude ao termo agricultura para *antes da porteira até o pós a porteira* em todas as suas relações e desdobramentos de mesmo sentido econômico. (BURANELLO, 2018, p. 30)

O *agribusiness* interfere diretamente no progresso do país, principalmente no que tange à economia. O Brasil é um grande produtor e exportador de produtos agrícolas, o que faz com que o agronegócio brasileiro se mostre bastante competitivo no mercado internacional e esteja à frente ao de vários países produtivos. Conforme lições de Renato Buranello (2018, p. 26), essa área apresenta o maior fator de multiplicação entre os principais países produtivos, existindo uma vantagem comparativa para o setor agroindustrial brasileiro.

Considerando que essa área é de grande importância para o avanço do Brasil, entende-se a relevância do estudo e pesquisa do agronegócio brasileiro. É o que nos alerta Arbage:

A noção de *agribusiness* proporciona condições para a realização de diagnósticos, análises de competitividade de produtos e regiões, simulações, verificação de estratégias empresariais e governamentais, e ainda fornece subsídios importantes para os agentes preocupados com o desenvolvimento rural. (ARBAGE, 2012, p. 212)

O *agribusiness* é um complexo, ou seja, é composto por várias atividades, todas elas de extrema importância e que juntas fazem com que o agronegócio seja a base para os demais setores. Uma dessas atividades é a da equideocultura, a qual é responsável pelas práticas que envolvem equídeos, aseninos e muars e se mostra de grande relevância ao agronegócio brasileiro, conforme demonstrado na *Revisão do Estudo do Agronegócio do Cavalo*:

A tropa nacional é superior a 5 milhões de cavalos, computados os cavalos de lida, os de raça, lazer e competição. Chama a atenção que, mesmo com a incorporação de máquinas de última geração e de ferramentas tecnológicas, o cavalo continua sendo decisivo para o desenvolvimento de atividades pecuárias e agrícolas na grande maioria das propriedades produtivas nacionais. A atividade movimenta anualmente R\$ 16,15 bilhões e gera 610 mil empregos diretos e 2.430 mil empregos indiretos, sendo responsável, assim, por 3 milhões de postos de trabalho. Mesmo com esta movimentação os investimentos públicos são irrisórios, situação que permanentemente buscamos modificar, estando o pleito agora reforçado pelos resultados da atividade contidos no Estudo. (BRASIL, 2016, p. 7)

O cavalo é essencial à pecuária em pequenas e grandes propriedades, à lida em geral nas pequenas propriedades, aos esportes equestres, à equoterapia, às atividades de reciclagem nas zonas urbanas, entre muitas outras. Ainda hoje o mercado equestre é

subdimensionado, mas demonstra estar em ascensão, conforme entende André Galvão de Campos Cintra (2016, p. 3).

No início da década de 90, uma grande crise afetou o setor da equideocultura, fazendo com que os preços pagos pelos cavalos despencassem. No entanto, as dificuldades enfrentadas por essa área nesse período fizeram com que o mercado de cavalos no Brasil ganhasse novas perspectivas nos próximos anos. É o que nos demonstra Cintra:

Mas essa disponibilidade de Cavalos a preço baixo, que a princípio desesperou muitos criadores, acabou por criar novas modalidades de mercado, que hoje se tornam mais interessantes para a indústria ligada ao cavalo.

Muitas pessoas, amantes do cavalo, que não adquiriam um por seu alto preço, conseguiram ter seu primeiro cavalo a um preço muito convidativo (muitas vezes de graça), criando e movimentando um setor tímido antes da crise, que é o de lazer. [...]

Diversas cidades passaram a contar com muitos cavalos ligados ao lazer, apenas para passeio, mas que movimentam bastante o comércio local, dando novo impulso à indústria do cavalo. (CINTRA, 2016, p. 4).

Além do crescimento do setor de lazer, o setor de esportes equestres aumentou significativamente nos últimos anos. Com a regulamentação de diversas modalidades de provas equestres, ocorreu o incentivo à realização dessas provas em várias partes do país e com isso uma grande movimentação na economia.

Os novos ramos da equideocultura nacional fazem com que a economia do setor continue bem movimentada e com que seus consumidores sejam cada vez mais exigentes, buscando sempre por informações técnicas, como expõe Cintra:

Esses novos segmentos trazem uma perspectiva muito positiva, tanto aos criadores, que têm consumidores para seus cavalos, apenas com um perfil diferente daquele da última década (antes, cavalos para criar, hoje, cavalos para utilizar), como também para a crescente indústria ligada ao cavalo.

São consumidores cada vez mais exigentes com os benefícios que podem ter para seu cavalo, ávidos por novidades, porém também por qualidade e informações técnicas. (CINTRA, 2016, p. 4).

Vislumbrada a importância do *agribusiness* e da equideocultura para o desenvolvimento e a economia do país, entende-se que é completamente necessário que o agronegócio do cavalo tenha uma legislação específica, capaz de regulamentar todo o complexo envolvido por essa atividade de forma eficaz e atual, que atenda aos anseios de todos pertencentes a esse meio.

3 A Política Agrícola na Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil trata da Política Agrícola nacional em seu artigo 187. Nele estão elencados pontos de extrema relevância para o desenvolvimento do agronegócio, os quais devem ser devidamente observados pelos legisladores infraconstitucionais.

Os pontos eleitos pela Carta Magna, insculpidos no artigo 187, são aqueles que devem ser considerados os principais para a devida estruturação do agronegócio no Brasil de forma correta. São eles:

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

I - os instrumentos creditícios e fiscais;

II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;

IV - a assistência técnica e extensão rural;

V - o seguro agrícola;

VI - o cooperativismo;

VII - a eletrificação rural e irrigação;

VIII - a habitação para o trabalhador rural.

§ 1º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2º Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

O mencionado dispositivo constitucional determina também que deve haver a integração com o sistema produtivo, ou seja, a política agrícola deve estar em contato com os profissionais do agronegócio para que ocorra o desenvolvimento da melhor forma.

O artigo é complementado pelos §§ 1º e 2º, os quais incluem na política agrícola atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais e determinam a compatibilização da política agrícola com a reforma agrária (MOTTA, 2019, p. 1062).

Segundo o autor Lutero de Paiva Pereira (2019, p. 21), a Constituição, por meio de seu artigo 187, busca trazer o desenvolvimento ao setor do agronegócio de maneira equilibrada, pois fundamenta a Política Agrícola em pressupostos inalienáveis, fazendo com que sejam abarcados os princípios elementares para o desenvolvimento do agronegócio de maneira eficaz e equilibrada.

A partir do entendimento de que é necessária a integração com todos os ramos do agronegócio, verifica-se que devem ser vários instrumentos utilizados pela política agrícola, sendo os de maior importância tratados pela Constituição da República.

Conforme ensinamentos de Paiva Pereira, o planejamento e a execução da política agrícola no Brasil se revelam de maneira complexa:

Essa política que conta com a atuação direta do Estado no seu planejamento e na sua execução, se revela complexa nos mecanismos

de apoio e de incentivo ao desenvolvimento da atividade, contando com um conjunto razoavelmente interessante de instrumentos para impulsionar toda a cadeia produtiva, a qual não se restringe ao ambiente meramente rural. (PEREIRA, 2019, p. 21)

A regulamentação da Política Agrícola nacional não deve ser entendida como uma única norma, pelo contrário, todas as normas específicas, referentes às áreas do agronegócio, devem estar em consonância com a regulamentação dessa política, para que, dessa forma, não ocorram divergências quanto à normatização de questões especiais de cada esfera, e sim uma relação de complementariedade.

Deve-se entender que a Constituição da República determina os pontos que devem ser levados em conta na regulamentação das atividades do agronegócio brasileiro. A norma geral da Política Agrícola dá disposições gerais acerca dos pontos elencados pela Carta Magna, e as normas específicas de cada área do *agribusiness* nacional especificam como ocorrerão as ações em seu setor, visto que, como cada um possui questões especiais a serem reguladas, essas ações devem ocorrer de maneiras diferentes para que sejam compatíveis com cada área específica.

Para que não sejam encontradas incongruências entre as legislações específicas, a norma geral e a Constituição Federal, todas as normas devem obedecer ao disposto no art. 187 da Carta Magna, dando principal atenção ao disposto em seus incisos.

Todos os pontos elencados pela Carta Magna são relevantes para o desenvolvimento do setor, mas, considerando o atual momento do agronegócio, no qual as técnicas produtivas estão passando por um grande desenvolvimento e estão se integrando com as novas tecnologias, os incisos III e IV se destacam e devem ser observados em todos os ramos.

O inciso III merece destaque, pois é perceptível que o incentivo à pesquisa e à tecnologia tem ajudado de uma grande forma o agronegócio do país a se desenvolver, fazendo com que a produtividade e a interferência na economia sejam mais altas; já o inciso IV tem grande relevância, pois, com o incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias, muitas vezes, os produtores não estão preparados para as novas técnicas produtivas, necessitando de auxílio técnico para que sua produtividade seja mantida e sua propriedade se adapte ao que é novo.

A assistência técnica consiste em um gênero do qual a extensão rural é espécie e compreende ações focadas na formação educativa e na capacitação técnico-profissional do produtor e demais indivíduos relacionados ao trabalho rural (FERRAZ, 2020, p. 1012).

Os produtores rurais, sobretudo os pequenos, somente têm acesso ao progresso tecnológico a partir dos programas e projetos de assistência técnica e extensão rural (AGRA, 2009, p. 2082), o que evidencia a grande relevância desses institutos para a política agrícola e o agronegócio brasileiro.

A Constituição dispõe, no § 1º do artigo 187, que se incluem na política agrícola “as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais”. Dessa forma, considerando-se que a equideocultura faz parte das atividades agropecuárias, ela também deve estar dentro da política agrícola e sua norma regulamentadora deve seguir

o disposto constitucionalmente, destacando em seu texto os pontos (determinados pela CR/88) compatíveis com o agronegócio do cavalo.

4 A Equideocultura e a Lei Federal n. 7.291/1984

A equideocultura, ou agronegócio do cavalo, possui regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 7291/84, mas tal norma pode ser entendida como defasada e, dessa forma, não atende aos anseios dos profissionais da área do cavalo no Brasil. Há que se discutir se tal norma possui incongruência jurídica que justifique a edição de uma nova legislação que esteja de acordo com a contemporaneidade do agronegócio do cavalo brasileiro.

Como é sabido, a legislação atual da equideocultura foi elaborada em uma época de grande desenvolvimento do cavalo no Brasil. Na década de 80, tal semente era utilizado no policiamento montado, nas áreas rurais como auxílio imprescindível dos pequenos e grandes produtores e nos esportes equestres, sendo, naquela época, o turfe o esporte equestre principal.

Segundo matéria publicada na revista eletrônica *Dinheiro Rural*, o Jockey Clube de São Paulo foi construído em 1975, 9 anos antes dessa legislação a respeito da equideocultura ser editada:

O turfe, nome dado às corridas de cavalos, foi uma invenção inglesa do século 17 e é uma paixão nacional até os dias atuais. “No mundo todo, o turfe sempre será um estilo de vida para quem gosta de cavalos”, diz Eduardo da Rocha Azevedo, presidente do Jockey Club de São Paulo, fundado em 1875. Ele, que já foi operador do mercado de ações, presidente da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) e fundador da BM&F, na década de 1980, comparece todos os dias ao hipódromo da Cidade Jardim, onde está instalada a suntuosa sede do Jockey, às margens do rio Pinheiros, na capital paulista. Além de manter cavalos na Vila Hípica, ele é dono do haras Santa Camila, em Valinhos (SP). (A NOVA ONDA..., 2013, s.n.)

A prática turfística se intensificava por todo o país, e o cavalo ganhava mais importância no cenário do esporte e no cenário econômico. Além disso, cavalos de raça se espalhavam pelo Brasil e mostravam que o país como um todo era um mercado promissor para a equideocultura. É isso o que demonstra o Boletim Mangalarga nº 10, de agosto de 1980, em uma das reportagens intitulada “1º Leilão de Mangalarga do Nordeste. Sucesso na abertura de um mercado fértil.”:

Desde o último Leilão Oficial Mangalarga, e do Leilão Pró-Sede-Própria, que contou com a presença marcante de um grupo de criadores baianos, já tinha sido marcada a data de fundação do Núcleo de Criadores de Mangalarga da Bahia, dia 12 de julho de 1980. Há dezenas de anos que a Bahia conta com o famoso centro criatório da Fazenda Experimental da Mocó, de propriedade do Governo, em Feira de

Santana, dirigido por Teixeira e com criadores pioneiros como Tourinho de Abreu em Jequié, Gileno Amado Brandão e Frederico Edelweiss em Itabuna, entre outros. Agora, com o interesse de novos criadores e uma procura intensa de animais na região norte e nordeste, a Bahia encontrou a solução ideal; patrocinado por Empreendimentos Odebrecht, realizou-se em Vilas do Atlântico, há 25 km ao norte de Salvador, o 1.º LEILÃO MANGALARGA DO NORDESTE marcando assim o início das atividades do Núcleo de Criadores da Bahia. (...) Odemar Costa e Djalma Barbosa Lima, leiloeiros oficiais do Programa, movimentaram um volume financeiro na ordem de 12 milhões e 490 mil cruzeiros, com média geral de 140 mil e 337 cruzeiros para 89 animais, divididos em 47 fêmeas, que obtiveram o preço médio de 151 mil e 915 cruzeiros, e 42 machos cotados pela média de 127 mil e 380 cruzeiros. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA..., 1980, *online*).

Com a popularidade do turfe crescendo em todo o Brasil e com a criação de cavalos, principalmente de raça, se expandindo para todas as áreas do país, foi necessário que se editasse uma norma regulamentadora da equideocultura nacional que desse maior atenção a esse esporte tão influente na época. Tal norma é a Lei n. 7.291/1984, vigente até hoje, que estava totalmente adequada para o momento em que foi editada (década de 80) e continuou atual por vários anos. No entanto, o cenário do complexo do agronegócio do cavalo se expandiu e se modernizou; outras modalidades de esportes equestres além do turfe ganharam força e se difundiram pelo país, e a norma em comento se tornou defasada e deixou de atender aos anseios da comunidade de profissionais do agronegócio do cavalo.

4.1 A recepção/revogação da Lei Federal n. 7.291/1984 pela Constituição Federal de 1988

Fazendo uma análise propriamente jurídica da Lei n. 7.291/1984, deve-se perquirir, de forma mais profunda, o texto normativo para verificar a existência de alguma inconsistência jurídica relevante ao mundo do Direito que justifique a edição de uma nova norma para regulamentar a equideocultura no Brasil. Dessa forma, a análise necessária a ser feita deve ser realizada frente à Carta Magna de 1988, observando os parâmetros estabelecidos pela nova Constituição da República para a política agrícola e rural no país.

Conforme estabelecido constitucionalmente, tudo que envolve a política agrícola será regulamentado por lei e deve levar em conta principalmente o descrito nos incisos I ao VIII do art. 187. Considerando que a equideocultura faz parte das atividades agropecuárias, logo esse setor também faz parte da política agrícola nacional, devendo sua legislação específica seguir o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O texto normativo da Lei n. 7.291/1984, que dispõe sobre a regulamentação da equideocultura no país e dá outras providências, preocupa-se em estabelecer o fomento à pesquisa, defesa sanitária e preservação das raças de equídeos, mas se encontra

defasado por não ter acompanhado a evolução do agronegócio do cavalo e não segue todas as determinações dispostas no art. 187 da Constituição.

Uma das questões mais importantes ao desenvolvimento da equideocultura contemporânea é a assistência técnica e extensão rural, que deve ajudar os produtores e criadores na melhoria de sua tropa e conseqüentemente no avanço da economia do país, e, dessa forma, deve estar presente nas legislações específicas, conforme disposto no artigo constitucional anteriormente mencionado. Ocorre que a Lei n. 7.291/1984 não faz nenhuma determinação acerca desse requisito, sendo assim, como o texto normativo é de data anterior à Carta Magna, deve-se averiguar se esse fato é motivo relevante para a não recepção da norma frente à Constituição de 1988.

As normas anteriores à nova Carta Magna que não estiverem em compatibilidade material com esta devem passar pelo fenômeno da não recepção. No entanto, há discussão se tal norma será revogada ou haverá a hipótese de inconstitucionalidade superveniente. Conforme lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 108), se a norma anterior à Constituição não for compatível com esta, quanto ao conteúdo, não deve continuar a vigorar, sendo caso de revogação ou de inconstitucionalidade superveniente, no entanto, se for considerado caso de inconstitucionalidade superveniente, há a possibilidade de o STF apreciar a validade da norma em ação direta de inconstitucionalidade, mas, se for entendida como revogação, se resumirá apenas a um juízo sobre a persistência da norma no tempo.

Há, entretanto, o entendimento de que não há discussão se a lei anterior à Constituição poderia ser revogada ou considerada como caso de inconstitucionalidade superveniente. Entende-se que com tal norma só poderia ocorrer a revogação. Conforme explicações de Pedro Lenza (2018, p. 227), em se tratando de norma produzida antes da nova Constituição, ou se fala em compatibilidade com a conseqüente recepção ou em incompatibilidade e revogação. Fica claro que o STF não admite a inconstitucionalidade superveniente nesses casos, pois se trata de noção de contemporaneidade na qual só se deve analisar a norma perante a Carta Magna contemporânea à sua edição.

A regra da contemporaneidade deve ser observada e seguida para que a análise das normas infraconstitucionais anteriores à nova Constituição seja realizada de maneira correta, ou seja, deve se observar o parâmetro de controle que seja contemporâneo à norma.

Segundo Lenza, a própria jurisprudência do STF considera não haver possibilidade de inconstitucionalidade superveniente em norma editada em momento anterior à nova Constituição, é o que nos alude:

Inconstitucionalidade superveniente, por sua vez, seria o fenômeno pelo qual uma lei ou ato normativo que “nasceu” “perfeita”, sem nenhum tipo de vício de inconstitucionalidade, vem a se tornar inconstitucional.

Em regra, esse fenômeno não é observado. A seguir, dois exemplos clássicos, na visão da jurisprudência do STF, que afastam essa possibilidade em razão da caracterização de outros institutos específicos e próprios:

lei editada antes do advento da nova Constituição (fenômeno da recepção): se a lei foi editada antes do advento de uma nova

Constituição, duas situações surgem: ou a lei é compatível e será recepcionada, ou a lei é incompatível e, então, nesse caso, será revogada por não recepção (cf. *item 4.8.1*).

Não se pode falar em inconstitucionalidade superveniente nesse caso, pois não haverá preenchimento da regra da contemporaneidade. Ou seja, para se falar em controle de constitucionalidade, a lei tem que ter sido editada na vigência do texto de 1988 e ser confrontada (parâmetro de controle) perante a CF/88 ou toda normatividade que tenha *status* de Constituição, dentro de uma perspectiva de “bloco de constitucionalidade” (cf. *item 6.7.1.3*). (LENZA, 2018, p. 262)

Considerando mais acertado o posicionamento de Lenza, entende-se que, como a norma em comento (Lei n. 7291/1984) foi editada anteriormente à Constituição de 1988, não há o que se discutir acerca de inconstitucionalidade superveniente, visto que não estaria de acordo com a noção de contemporaneidade, podendo ser somente revogada por incompatibilidade material com o texto da Carta Magna atual.

Posteriormente, deve se verificar em qual tipo de inconstitucionalidade se encontra a lei analisada. De acordo com ensinamentos de Lenza, são os tipos de inconstitucionalidade:

Fala-se, então, em inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação), a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição, e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.

Para Canotilho, enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a “violação da lei constitucional pelo *silêncio legislativo* (violação por omissão)”.

Particularizando, a inconstitucionalidade por ação pode-se dar: *a)* do ponto de vista formal; *b)* do ponto de vista material; *c)* e estamos pensando em uma terceira forma em razão dos escândalos dos denominados “mensalão” e “mensalinho” para votar em um sentido ou em outro, “batizada” de “vício de decoro parlamentar”. (LENZA, 2018, p. 268)

Conforme demonstrado, a inconstitucionalidade não ocorre somente por ação legislativa; a omissão também pode ser considerada inconstitucional. A omissão legislativa não regulamenta matéria que a Constituição determina que seja regulamentada ou a realizar de forma insatisfatória o determinado pela Carta Magna.

A inconstitucionalidade por omissão é um fenômeno novo que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores e se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização de comandos constitucionais (BARROSO, 2019, p. 221).

Sarlet, Marioni e Mitidiero (2019) afirmam que a inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial. Este posicionamento:

A omissão inconstitucional é parcial quando o legislador cumpre, de modo insuficiente ou insatisfatório, o seu dever de legislar em face da norma constitucional. Na omissão parcial, embora exista atuação legislativa, nela falta algo para se dar plena satisfação ao comando constitucional.

É possível pensar a omissão constitucional em perspectiva vertical de intensidade ou suficiência de realização da norma constitucional, e em perspectiva horizontal, de abrangência dos seus beneficiários. Em tese, a lei pode realizar, em maior ou menor intensidade ou suficiência, o desejo da norma constitucional. É claro que desta intensidade dependerá a absolvição do legislador. Se a lei não é capaz de realizar, de modo adequado – e, assim, na intensidade devida –, a norma constitucional, ela responde à Constituição de modo parcial, existindo, portanto, omissão inconstitucional parcial. De outra parte, a atuação legislativa, ainda que capaz de responder ao comando constitucional em termos de intensidade, pode atender apenas a parte ou parcela dos beneficiários da norma constitucional, sendo correto também falar, aí, de omissão parcial. (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2019, p. 1037-1038)

Verificando o caso concreto, percebe-se que a Lei n. 7.291/1984 se abstém de normatizar o contido no inciso IV do artigo 187 da Constituição Federal, referente à assistência técnica e extensão rural. Como a legislação específica, deve seguir o disposto no artigo 187 da Constituição da República referente à política agrícola, e a norma em comento não atende todos os pontos elencados pela Carta Magna que são compatíveis à atividade da equideocultura; entende-se que ocorre a inconstitucionalidade por omissão parcial, sendo essa verificada em perspectiva vertical de suficiência.

Ocorre que, em normas inconstitucionais por omissão parcial, a simples declaração de que a norma não corresponde ao previsto pela Constituição da República não soluciona o problema. É necessário editar-se uma nova norma, a qual atenda todos os quesitos elencados constitucionalmente, para que a questão seja sanada por inteiro. É o que explicitam Sarlet, Marioni e Mitidiero:

É importante perceber que as questões da insuficiência da proteção normativa à norma constitucional e da indevida limitação do benefício por ela prometido poderiam levar à conclusão de que a lei, nessas situações, é simplesmente inconstitucional, devendo assim ser declarada pelo Judiciário.

O problema é que, declarando-se a inconstitucionalidade da lei que é insuficiente à tutelada norma constitucional, deixa-se de ter o pouco de proteção que a lei outorgou à Constituição ou passa-se a ter a tutela que a lei anterior, revogada pela insuficiente, conferia à situação constitucional. (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2019, p. 1041)

Dessa forma, percebe-se que é necessário complementar a norma e não somente a declarar inconstitucional. Nesses casos em que ocorre a inconstitucionalidade por omissão parcial, a técnica utilizada deve buscar o complemento normativo e não a nulidade da parte existente (PADILHA, 2018, p. 146).

Sendo assim, verificada a incongruência jurídica relevante, a qual justifica a necessidade de aprovação de uma nova norma para regulamentar a equideocultura no Brasil, entende-se ser necessária a aprovação do projeto de lei do Senado nº 254/2014 (PL 6902/2017 – nº na Câmara dos Deputados) que traz uma série de avanços na regulamentação do agronegócio do cavalo no país e está de acordo com os pontos levantados pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 187.

5 Novas perspectivas jurídicas para a Equideocultura: análise do Projeto de Lei do Senado n. 254/2014 (pl 6902/2017 – nº na Câmara dos Deputados)

Assim como o agronegócio contemporâneo é constituído por um complexo de atividades interligadas, a equideocultura nacional constitui um complexo próprio, dentro do agronegócio, de atividades relacionadas aos equinos.

Os cavalos são essenciais a diversas atividades desempenhadas no campo e também na zona urbana, como descreve Antônio Aureliano na apresentação do Projeto de Lei nº 254/2014:

Isto porque, estes animais são “equipamentos” essenciais a uma série de atividades, para produtores de portes diversos, seja no pastoreio e deslocamento de rebanhos, na tração de arados e carroças, assim como na humanitária atividade da equoterapia em benefício dos que têm necessidades especiais ou no recolhimento e reciclagem do lixo em cidades de pequeno e médio porte. (BRASIL, 2014, *online*).

Além das atividades elencadas por Aureliano, o cavalo também é indispensável ao turismo rural, ao lazer e aos esportes equestres. Considerando, assim, a grande importância dos equinos ao desenvolvimento do agronegócio brasileiro, entende-se que a regulamentação jurídica desse setor deve ser atual e condizente com a equideocultura contemporânea, abrangendo todos os ramos no qual o cavalo está envolvido.

Visando regulamentar de forma correta o setor da equideocultura nacional, foi proposto o Projeto de Lei do Senado nº 254/2014 (PL 6902/2017 nº na Câmara dos Deputados). Tal projeto traz uma visão contemporânea do agronegócio do cavalo no Brasil e, assim, consegue regulamentar questões não abarcadas pela lei atual da equideocultura.

É nítida, no projeto de lei em comento, a preocupação do legislador com o incentivo a políticas públicas e fortalecimento do agronegócio do cavalo. É o que se percebe já nos seus três primeiros artigos:

Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes à elaboração das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento da equideocultura.

Art. 2º O poder público federal manterá grupo de estudo setorial permanente sobre a equideocultura, com eventual contribuição das entidades nacionais do segmento.

Art. 3º O Plano Agrícola e Pecuário anual explicitará as ações voltadas ao fortalecimento da equideocultura. (BRASIL, 2014, *online*).

O projeto segue abordando questões específicas da equideocultura, as quais se encontram bem colocadas e planejadas de forma a garantir que o setor do cavalo esteja muito bem regulamentado. Se aprovado, tal projeto trará inúmeros benefícios a todo o complexo do agronegócio do cavalo, fazendo com que esse complexo se desenvolva e se modernize de forma estruturada, ajudando assim na melhoria do agronegócio no país.

5.1 Análise da compatibilidade constitucional e das repercussões – avanços ou retrocessos

Analisando o Projeto de Lei do Senado nº 254/2014 (PL 6902/2017 – nº na Câmara dos Deputados) sob a perspectiva da Constituição da República de 1988, percebe-se que tem a correspondência adequada com a Carta Magna. Conforme já explicitado, a equideocultura faz parte da Política Agrícola nacional e, portanto, sua norma regulamentadora deve guardar compatibilidade com o artigo 187 da Constituição, que estabelece quais são os parâmetros para a adequada execução da Política Agrícola.

O projeto de lei em comento atende aos requisitos dispostos nos incisos III e IV do artigo 187 da Constituição da República de 1988, regulamentando tais assuntos em seus artigos 6º e 7º:

Art. 6º Os programas de capacitação de servidores públicos responsáveis por assistência técnica e extensão rural deverão incluir, periodicamente, atualização de conhecimentos específicos sobre equídeos e sua importância econômica.

Parágrafo único. Os órgãos públicos responsáveis por capacitação, difusão e extensão manterão disponíveis aos criadores de equídeos pacotes tecnológicos de referência aplicáveis a cada espécie.

Art. 7º O poder público atribuirá a órgão de sua estrutura a responsabilidade pelo desenvolvimento de pesquisa e inovação tecnológica das cadeias produtivas de equídeos.

§ 1º O órgão a que se refere o caput constituirá base de informações abrangente e unificadora das pesquisas publicadas sobre equídeos, para acesso público.

§ 2º A investigação científica deverá priorizar o manejo, o melhoramento genético, a nutrição e a sanidade dos rebanhos equídeos, bem como a formação e a melhoria da qualidade das pastagens. (BRASIL, 2014, *online*)

Analisando tais artigos, e o projeto de lei por inteiro, nota-se que não há a omissão por parte do legislador aos itens elencados no art. 187 da Constituição que são compatíveis com o complexo do agronegócio do cavalo e mantém, assim, correta compatibilidade para com a Carta Magna.

Comparando o projeto de lei ao texto da norma atual que regulamenta a equideocultura no país, percebe-se o grande montante de inovações trazidas pelo legislador contemporâneo. Apesar de a regulamentação do agronegócio do cavalo, com o Projeto de Lei do Senado nº 254/2014 (PL 6902/2017 – nº na Câmara dos Deputados), manter artigos destinados à regulamentação da prática turfística (arts. 14 ao 18 do projeto de lei), não há que se falar em retrocessos, visto que os demais artigos tratam de assuntos relevantes à equideocultura, não abordados na regulamentação atual.

O projeto analisado traz avanços significativos para o agronegócio do cavalo brasileiro, principalmente no que concerne ao monitoramento dos rebanhos, à assistência técnica e extensão rural, à pesquisa e inovação tecnológica, à comercialização e ao crédito e seguro rural. Destaca-se, entre tantos avanços, a disponibilidade aos criadores de pacotes de assistência técnica e extensão rural aplicáveis para cada espécie, a atribuição a órgão específico do desenvolvimento de pesquisas e inovações tecnológicas para a equideocultura e a inclusão, no Plano Agrícola e Pecuário anual, de linhas de crédito específicas para o agronegócio do cavalo.

Ficam, dessa forma, demonstradas as diversas inovações trazidas no bojo do Projeto de Lei do Senado nº 254/2014 (PL 6902/2017 – nº na Câmara dos Deputados), comprovando quantas melhorias serão acrescentadas ao setor da equideocultura nacional. O agronegócio do cavalo só tem a ganhar com a aprovação desse projeto de lei.

6 Considerações finais

Buscou-se, com esta pesquisa, demonstrar a importância do agronegócio e da equideocultura para o Brasil. Por contarem com tal relevância, esses institutos são merecedores de regulamentação jurídica abrangente e atual, que traga melhorias para todos os envolvidos nesse ramo.

Evidenciando o caráter novo do Direito do Agronegócio, entende-se que este tem, como parâmetros para sua existência, as legislações específicas a respeito do *agribusiness*, e essas, por sua vez, devem encontrar compatibilidade com o normatizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente em seu artigo 187, que trata da Política Agrícola nacional.

Analisando a regulamentação atual da equideocultura, Lei nº 7.291/1984, percebe-se que essa não atende a todos os requisitos determinados pela Carta Magna no que concerne à Política Agrícola, omitindo-se quanto à questão da assistência técnica e extensão rural. Entendendo não haver possibilidade de inconstitucionalidade superveniente, verifica-se que o caso seria de não recepção por inconstitucionalidade provocada por omissão parcial em perspectiva vertical de suficiência.

Dessa forma, a inconstitucionalidade verificada na norma regulamentadora atual do complexo do agronegócio do cavalo brasileiro é entendida como incongruência

jurídica relevante, a qual justifica edição de uma nova norma para regulamentar esse setor.

Quanto ao Projeto de Lei do Senado nº 254/2014 (PL 6902/2017 – nº na Câmara de Deputados), depois de devidamente analisado, restou verificado que esse atende aos requisitos previstos no art. 187 da Constituição de 1988, pois consegue englobar todo o complexo do agronegócio do cavalo atual e traz avanços necessários para o desenvolvimento e progresso desse setor e conseqüentemente da economia brasileira.

O projeto de lei analisado supre a inconstitucionalidade verificada na norma regulamentadora atual, visto que tal projeto, em seu art. 6º, determina como ocorrerá a assistência técnica e extensão rural específicas para o agronegócio do cavalo, pontos em que a Lei nº 7.291/1984 é omissa.

Restou, portanto, demonstrada a relevância da equideocultura brasileira, a incongruência jurídica existente na norma atual que justifica a edição de nova norma para regulamentar o setor, a compatibilidade constitucional e os avanços trazidos pelo Projeto de Lei nº 254/2014 (PL 6902/2017 – nº na Câmara dos Deputados), o que se mostra adequado para regulamentar o complexo do agronegócio do cavalo contemporâneo.

A equideocultura do país requer atenção, estudo, discussão, pesquisas e principalmente uma regulamentação jurídica constitucional, atual e eficaz, que dê aos cavalos todo o reconhecimento que eles merecem, que sempre mereceram.

Referências

AGRA, Walber de Moura *et al.* **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A NOVA Onda do Turfe. **Dinheiro rural**. São Paulo: Editora 3, n. 174, nov. 2013. Disponível em: <https://www.dinheiorural.com.br/secao/capa/nova-onda-do-turfe>. Acesso em: 18 abr. 2020.

ARBAGE, Alessandro Porporatti. **Fundamentos de Economia Rural**. 2. ed. rev. Chapecó: Argos, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CRIADORES DE CAVALOS DA RAÇA MANGALARGA. **Boletim Informativo da Associação Brasileira dos Criadores de Cavalos da Raça Mangalarga**. São Paulo: Editora Dos Criadores LTDA, ano 3, n. 10, ago. 1980. p. 16. Disponível em: http://www.joseoswaldojunqueira.com.br/images/arquivos/10_BOLETIMMANGALARGA_N10_AGOSTO_1980.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: mai. 2020

BRASIL. **Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984**. Dispõe sobre as atividades da equideocultura no País, e dá outras providências, Brasília, DF, dez 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7291.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado, nº 254 de 2014**. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento da equideocultura brasileira e revoga dispositivos da Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, que dispõe sobre as atividades da equideocultura no país, Brasília, DF, dez 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/550105/001017420.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Revisão do estudo do complexo do agronegócio do cavalo**. Brasília: Assessoria de Comunicação e Eventos, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/camaras-setoriais-tematicas/documentos/camaras-setoriais/equideocultura/anos-anteriores/revisao-do-estudo-do-complexo-do-agronegocio-do-cavalo/view> . Acesso em: 18 abr. 2020.

BURANELLO, Renato. **Manual de direito do agronegócio**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalhos acadêmico-científicos**. 5. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2019.

CINTRA, André Galvão de Campos. **O cavalo: características, manejo e alimentação**. São Paulo: Roca, 2016.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 11. ed. Barueri: Manole, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 28. ed. São Paulo: Método, 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

PARRA, Rafaela Aiex. **Direito aplicado ao agronegócio**: uma abordagem multidisciplinar. 2. ed. rev. atual. Londrina: Thoth, 2019.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Agronegócio**: questões jurídicas relevantes. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Execução antecipada da pena aplicada pelo Conselho de Sentença à luz do princípio da presunção de inocência e da soberania dos veredictos

Early enforcement of the sentence imposed by the Sentencing Council in light of the principle of presumption of innocence and the sovereignty of verdicts

João Vitor Ferreira Caixeta

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: joaocaixeta1@unipam.edu.br

Gilmar Batista Silva

Graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (2006) e especialização em Direito pela Universidade Potiguar (2007). Professor orientador.

E-mail: gilmarbs@unipam.edu.br

Resumo: De um lado, existe uma intensa oscilação jurisprudencial acerca do princípio da presunção de inocência, sobretudo quando confrontado com a soberania dos veredictos. Por outro, há um grande número de ações penais de competência do Tribunal do Júri. Diante disso, pesquisa-se sobre a possibilidade da execução antecipada da pena aplicada pelo Conselho de Sentença à luz desses dois direitos fundamentais, a fim de compreender esse princípio bem como a densidade normativa das decisões proferidas pelo júri. Para tanto, é necessário investigar a delimitação conceitual do vocábulo presunção; pesquisar sobre a origem do princípio; perquirir seu conteúdo e extensão; analisar a instituição do júri; examinar a soberania dos veredictos e a densidade decisória das decisões dela decorrentes; explorar o teor dos HC n.ºs 118.770/SP e 140.449/RJ bem como do RE 1.235.340/SC. Assim, realiza-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica; objetiva descritiva; com abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico e documental. Diante disso, verificou-se que o princípio da presunção de inocência é uma presunção legal e que deve ser entendida de acordo com as lições da Escola Clássica. Ademais, constatou-se que ela possui conteúdo multifacetado e estende-se até o trânsito em julgado. Apurou-se, ainda, que o Tribunal do Júri trata-se de direito de dupla garantia. Observou-se, também, que a soberania dos veredictos confere força normativa superior à decisão dos jurados. Por fim, percebeu-se que a execução antecipada da pena nos moldes propostos pela Suprema Corte é inconstitucional. Ao final, concluiu-se que não há peculiaridade no procedimento do júri apta a ensejar a execução antecipada antes de esgotados os recursos.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Soberania dos veredictos. Tribunal do Júri.

Abstract: On the one hand, there is an intense fluctuation of jurisprudence on the principle of the presumption of innocence, especially when confronted with the sovereignty of verdicts. On the other hand, there is a large number of criminal cases within the jurisdiction of the Jury Court. Therefore, research is carried out on the possibility of early execution of the sentence imposed by the Sentencing Council in the light of these two fundamental rights, in order to understand this

principle as well as the normative density of the decisions made by the jury. Therefore, it is necessary to investigate the conceptual delimitation of the word presumption; researching the origin of the principle; investigate its content and extension; analyze the institution of the jury; examine the sovereignty of the verdicts and the decision-making density of the decisions resulting from them; explore the content of HC No. 118,770 / SP and 140,449 / RJ as well as RE 1,235,340 / SC. Thus, a basic strategic purpose research is carried out; descriptive objective; with a qualitative approach and bibliographic and documentary procedure. Therefore, it was found that the principle of the presumption of innocence is a legal presumption and that it must be understood according to the lessons of the Classical School. In addition, it was found that it has multifaceted content and extends to unappealable transit. It was also found that the Jury Court is a double guarantee right. It was also observed that the sovereignty of the verdicts gives superior normative force to the decision of the jurors. Finally, it was realized that the early execution of the sentence along the lines proposed by the Supreme Court is unconstitutional. In the end, it was concluded that there is no peculiarity in the procedure of the jury able to give rise to early execution before the resources are exhausted.

Keywords: Presumption of innocence. Sovereignty of verdicts. Jury court

1 Considerações iniciais

O princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, que dispõe que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, nos últimos onze anos vem sendo objeto de questionamento nos tribunais e na comunidade científica. Questiona-se se ele constitui ou não obstáculo à execução antecipada da pena.

O tema foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal – STF em fevereiro de 2009, por meio do Habeas Corpus – HC n. 84.078/MG, no qual se estabeleceu que a execução da pena sem o trânsito em julgado é inconstitucional. Já em fevereiro de 2016, através do HC n. 126.292/SP, o STF analisa novamente o assunto e altera sua jurisprudência, fixando a tese de que o cumprimento da pena, ainda que não transitada em julgado a decisão condenatória, não viola a Constituição. Recentemente, em novembro de 2019, mediante o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs n.ºs 43, 44 e 54, a Corte Suprema retorna ao entendimento fixado em 2009.

Além dessa discussão, há uma ainda mais específica que cinge em saber se a execução da pena aplicada pelo Tribunal do Júri sem o trânsito em julgado da decisão, com fundamento na soberania dos veredictos insculpida no art. 5º, XXXVIII, c, da CR/88, afronta o princípio da presunção de inocência, ou se é possível estabelecer uma harmonia constitucional entre esses dois direitos fundamentais.

A controvérsia também foi analisada pela Corte Constitucional por meio dos HC n.ºs 118.770/SP e 140.449/RJ, decididos sob a égide do entendimento que permitia a execução antecipada da pena (fevereiro de 2016 até novembro de 2019), nos quais ficou assentada a tese de que a execução antecipada da pena aplicada pelo Conselho de

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

Sentença, em virtude da soberania dos veredictos, não viola o princípio da não culpabilidade.

Ocorre que, em razão da modificação do entendimento jurisprudencial por meio das ADCs, passou-se a questionar a eficácia e a consonância desse entendimento estabelecido nos HC com aquele fixado em sede de controle concentrado. Assim, a fim de solucionar o imbróglio, o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nos autos do RE 1.235.340/SC que se encontra pendente de julgamento. Intensificando a discussão foi promulgada a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, alterando o art. 492 do Código de Processo Penal – CPP, passou a prever a possibilidade da execução antecipada da pena igual ou superior a quinze anos aplicada pelo Conselho de Sentença.

A solução desse impasse hermenêutico constitucional faz-se necessária tendo em vista a amplitude de feitos que podem ser alcançados. Isso porque, segundo o relatório Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri de 2019, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em novembro de 2018 havia 186 mil ações penais de competência do Tribunal do Júri em tramitação nos Tribunais de Justiça de todo país, das quais 43 mil (23%) já tinham decisão de pronúncia¹.

Desse modo, considerando, de um lado, a oscilação jurisprudencial sobre o tema desde 2009 até os dias atuais, de outro, os elevados números de casos submetidos à solução do Estado-juiz, imperioso se faz perquirir se a pena aplicada pelo Tribunal do Júri, com fundamento na soberania dos veredictos, pode ser executada antes do trânsito em julgado.

Partiu-se da hipótese de que a execução antecipada da pena é inconstitucional, considerando que o trânsito em julgado, que é o termo final da presunção de inocência, é uma categoria rígida que não comporta manipulação conceitual pelo jurista, constituindo-se um obstáculo intransponível à execução provisória da pena aplicada pelo júri.

Portanto, indaga-se: há alguma peculiaridade no procedimento do Tribunal do Júri apta a ensejar a execução da pena aplicada por ele antes de esgotados todos os recursos?

2 Delimitação conceitual: o que é presumir?

Para extrair a normatividade do princípio da presunção de inocência, faz-se necessário compreender a substância do conceito que preenche o sentido da palavra *presunção*.

A respeito dessa problemática, Santos (2017) trabalha a questão a partir de duas perspectivas. Na primeira, cuida-se de perquirir a significação do vocábulo *presunção* no sentido vulgar. Já na segunda, trata-se de investigar o seu sentido no âmbito jurídico.

¹ Calha salientar que o relatório restringiu-se aos Tribunais de Justiça em razão da ausência de dados de alguns Tribunais Regionais Federais. Além disso, o CNJ frisa que, devido à má alimentação do sistema eletrônico, dados de alguns Tribunais de Justiça não foram colhidos em sua completude. Assim, a quantidade de demandas de competência do Tribunal do Júri pode ser ainda maior.

Assim, a respeito da primeira ótica de pesquisa, ele estabelece que presumir, segundo os dicionários, é o ato ou efeito de presumir, que consiste na atividade intelectual de emitir juízo baseado nas aparências, conjecturar baseado em certas probabilidades. Portanto, lançar mão de uma presunção é concluir com base em fatos preexistentes, os quais, “por um raciocínio lógico-dedutivo, permitem uma conclusão presuntiva, mas que podem ser perfeitamente negados por um fato contrário posteriormente” (SANTOS, 2017, p. 12).

Prosseguindo na apuração do vocábulo, agora sob a concepção jurídica, é constatada que a univocidade do termo presunção fica restrita à linguagem coloquial, porque, quando analisado na seara jurídica, ele ganha diferentes funções, de modo que passa a abranger presunções jurídicas diversas.

Desse modo, o autor aduz, com base em pesquisa realizada pelo professor mexicano Raymundo Gama Leyva, que a despeito de o vocábulo ser plurívoco, toda e qualquer presunção possui uma estrutura única, que é formada por

um fato base (*hecho base*), um fato presumido (*hecho presumido*) e uma ligação entre ambos de caráter lógico (*un enlace entre ambos de carácter lógico*). O fato base é aquele provado previamente, conhecido e sobre o qual se poderá tirar uma conclusão, ainda que sumária. Por outro lado, o fato presumido é essa mesma conclusão, resultado da intelecção realizada a partir do fato base, por meio de uma operação lógico-dedutiva. Por fim, tais fatos se ligam através de um nexos, um liame, um enlace de caráter lógico, que, por sua vez, traduz-se na própria atividade mental de presumir. (SANTOS, 2017, p. 13).

É dito, ainda, que esses elementos estão presentes com maior ou menor intensidade a depender da espécie de presunção. Na primeira espécie de presunção jurídica, as judiciais, a sua estrutura é identificada sem maiores problemas, porquanto elas são fruto da atividade cognitiva do juiz que parte de indícios a respeito de determinado fato e conclui a respeito dele.

Já na segunda espécie, as legais, a estrutura não é vista de forma clara, uma vez que não se está diante de uma atividade mental, mas sim de uma norma jurídica que estabelece o fato presumido tido por verdadeiro sem a necessidade de fazer prova em favor dele, permitindo a produção dos seus efeitos e transferindo o ônus da prova à parte contrária (LEYVA, 2013, p. 75).

As presunções legais podem ser mais bem compreendidas à luz da Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, utilizando-se das lições de Pontes de Miranda, Haret (2009, p. 734) aduz que

a presunção legal orienta a formulação das normas de direito no sentido de permitir a construção de determinados fatos jurídicos, ou melhor, *fazer julgamento sobre fatos*, que se demonstram de difícil prova e investigação. Logo, a presunção legal admite um fato por outro, *como se fossem* um só, ou o mesmo. Nesta medida, o fato presumido *A pode não ser*, mas será tido, para o universo do direito, *como se fosse*; assim como da mesma forma pode ser, no mundo real, mas será observado

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

como *se não fosse* no domínio das normas jurídicas. Lembremos que o direito cria sua própria realidade. Não está restrito ao senso dos eventos reais, da causalidade física, mas ao senso jurídico, do vínculo implicacional. Assim dizendo, o direito pode tratar um fato tanto *como se fosse* quanto *como se não fosse*, estando nele as fórmulas que guiam, no mundo jurídico, a sua própria criação, alteração e extinção, dentro do que se chama *autopoiese do sistema jurídico*.

Esse tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico à determinada realidade fática ocorre porque a Ciência Jurídica, por ser uma Ciência Social que possui uma carga axiológica, está no plano do *dever ser*, e não do *ser*, como as Ciências Naturais (v.g. Física, que apenas descreve o que ocorre).

Noutras palavras, o Direito não faz mera enunciação do que ocorre no mundo fenomênico, mas diz o que deve ocorrer, isso por haver uma carga axiológica inerente à estrutura da norma jurídica que determina a sua finalidade.

O modo pelo qual o Direito aborda a realidade, não como ela é, mas sim como deve ser, é, inclusive, uma de suas finalidades: ser instrumento de conformação da sociedade, e não apenas ser conformado por ela (ZIPPELIUS, 2016).

Diante disso, verifica-se que a presunção de inocência é uma presunção legal, porquanto a Lei Maior estabelece o fato aceito por verdadeiro, que é a não culpabilidade do imputado durante a persecução penal.

Portanto, presumir a inocência do réu é muito mais que aplicar a norma jurídica extraída do dispositivo constitucional do que realizar uma atividade intelectual consistente na análise de indícios que possam comprovar sua inocência. (SANTOS, 2017).

Em outras palavras, a inocência do acusado é o fato presumido pelo constituinte originário, a partir da pendência de ação penal, isto é, sem trânsito em julgado. Dessa maneira, como consectário inerente à presunção legal, não são necessários indícios do fato presumido para que os efeitos legais dele decorrentes manifestem-se.

Inobstante, para tentar compreender os contornos do princípio, mister é analisar qual o contexto da sua concepção bem como as mudanças que sofreu ao longo do tempo em razão de diversos fatores, como sociais e políticos.

3 Escorço histórico: origem e involução do princípio da presunção de inocência com as Escolas Penais italianas

O princípio da presunção de inocência possui um marco de surgimento específico: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Nacional Constituinte aos 26 dias de agosto de 1789, no ápice da Revolução Francesa².

² “Art.9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.” (FRANÇA, 1789, [s.p]).

Esse movimento revolucionário surgiu como resposta ao Antigo Regime, modelo político aristocrático, sob a forma de governo monárquico, cujo principal traço é a irresponsabilidade do monarca para com o povo.

A reação a esse regime foi deflagrada em razão de práticas despóticas contra o Terceiro Estado. Dentre essas práticas destacam-se a concessão de privilégios e favores reais à monarquia, por meio de uma alta carga tributária; restrição da liberdade de crença e aviltamento da liberdade física.

A respeito do vilipêndio a esse último direito fundamental, Palma (2017, p. 319) explica que “os opositores do Antigo Regime eram encerrados na bastilha, torturados e, após serem julgados com extrema parcialidade, executados em praça pública”.

Essas práticas autoritárias eram legitimadas com base em argumentos irracionais, ou seja, sustentadas em justificativas que não a razão “como a predestinação divina do soberano ou a natural divisão dos indivíduos em castas feudais, de modo que o Estado até então existente tinha como objetivo básico a manutenção da segurança pública” (SANTOS, 2017, p. 24).

Diante desse quadro, a burguesia, embebida de ressentimento por sentir-se desprestigiada, associou-se às massas para contrapor-se à monarquia vigente (PALMA, 2017). Essa oposição estava apoiada nas lições iluministas, principalmente nas de Rousseau.

O contratualismo de Rousseau preceitua que, no estado de natureza, os homens seriam essencialmente bons, com condutas irrepreensíveis. Ocorre que, em um determinado momento desse estado primitivo, frente às forças da natureza, eles se associaram para vencer os obstáculos da vida humana, surgindo, a partir daí, a sociedade (REALE, 2002).

A constituição dessa sociedade é tida, inicialmente, como resultado da má-fé, da prevalência do mais forte sobre o mais fraco, implicando a realização de um pacto leonino. Diante disso, Rousseau propõe substituí-lo pelo Contrato Social, que “procede a uma correção, suprimindo as deficiências resultantes de desigualdade física e fazendo com que os homens, podendo ser desiguais em força ou engenho, se tornem iguais por convenção e de direito.” (DALLARI, 2016, p. 29).

Essa concepção de igualdade passa a exercer influência no campo penal, de modo que o contratualismo de Rousseau é pressuposto na célebre obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), de Cesare Beccaria, um dos principais expoentes da Escola Clássica, Idealista ou Primeira Escola (que inaugura a fase humanitária e científica do Direito Penal), ao lado de Francesco Carrara, como se depreende do seguinte trecho: “Um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos por meio dos quais aquela lhe foi outorgada.” (BECCARIA, 1999, p.61).

Assim, a Escola Clássica, para formular toda a sua construção teórica sobre o crime, a pena e a legitimidade da punição, apoia-se no contratualismo, que traduz a ideia de que a ordem jurídica é formada por um grande e livre acordo de vontades dos homens, que, a fim de alcançar a segurança e o bem comum, cedem uma parcela de seus direitos (em especial o da liberdade).

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Desse modo, as premissas que dão base ao contrato social influenciam diretamente a concepção a respeito das ciências criminais formulada pelos Clássicos. Nessa ordem de ideias, leciona Santos (2013, p. 3):

A teoria do Contrato do Contrato Social pressupõe a igualdade absoluta entre todos os homens. Sob a concepção de que o delinqüente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceito, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade.

Assim, partindo da premissa de que todos passaram a ser livres e iguais por meio do contrato social, a Escola Clássica constrói seu entendimento a respeito da legitimidade do direito de punir e, por conseguinte, sobre a presunção de inocência.

Desse modo, levando em conta serem os homens todos iguais (os pobres e os ricos, os acusados e os aplicadores do Direito) é que se estabelece que um homem não pode ser considerado culpado antes de sentença condenatória final. É nesse sentido que Zanoide (2010, *apud* SANTOS, 2017, p. 26) explica que “no momento crucial da escolha em se atribuir ou não a todos a condição de inocentes, preponderou na Revolução Francesa a força de seu primado da igualdade, tão caro à racionalidade dos iluministas”.

Foi nesse contexto de mudanças de parâmetros sociais, políticos e filosóficos que o princípio da presunção de inocência nasceu como forma de combater a realidade vigente à época, na qual predominavam leis excessivamente rigorosas e de penas desproporcionais.

Portanto, observa-se que o princípio surgiu com uma finalidade específica: ser instrumento para combater as arbitrariedades praticadas pelo Estado.

3.1 Escola Positiva: mitigação do princípio

Se, por um lado, o princípio da presunção de inocência nasceu no contexto de estruturação, feita pelos expoentes da Escola Clássica, do direito penal liberal, que é voltado à proteção da liberdade individual frente ao poder estatal; por outro, ele sofreu ataques e mitigações pela Escola subsequente: a Positiva.

A decadência da Escola Clássica e a ascensão da Escola Positiva³ se deram em virtude da modificação das condições sociais e, conseqüentemente, dos objetivos perseguidos. Tendo a primeira escola conseguido enfrentar as barbáries do absolutismo e consagrado o respeito ao ser humano, a preocupação da segunda era combater de modo eficaz a criminalidade crescente.

A Escola Positiva, cujos principais expoentes foram Cesare Lombroso, Rafeale Garofalo, Enrico Ferri, empregou os métodos de observação utilizados pelas ciências naturais com objetivo de achar as causas do crime para engendrar uma política de defesa social de combate à delinquência.

³ Segundo as lições de Bitencourt (2018), a nomenclatura de Positiva é em razão de o método empregado ser o mesmo do positivismo filosófico, qual seja, o método científico indutivo, por meio de um método causal explicativo, utilizando o modelo das ciências experimentais.

Assim, Lombroso, influenciado por Comte e Darwin, concluiu pela existência de um criminoso nato, que poderia ser identificado a partir de características corporais⁴ como formato do crânio, largura do tórax, assimetria do rosto. Ele chegou a acreditar que “o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e mentais, crendo inclusive que fosse possível estabelecer as características pessoais das diferentes espécies de delinquentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc.” (BITENCOURT, 2018, p. 115).

Enrico Ferri, por sua vez, sustentou a inexistência do livre arbítrio, acrescentando ao determinismo biológico explanado por Lombroso um aspecto sociológico (*apud* BITENCOURT, 2018). Desse modo, o indivíduo já nascia predisposto à criminalidade em razão de seus fatores biológicos e sociais.

Observando essa construção doutrinária da Escola Positiva, que apresenta a criminalidade como sendo congênita a certos indivíduos, percebe-se a dificuldade de sustentar à época o princípio da presunção de inocência, pois em relação a eles militava verdadeira presunção de culpabilidade.

O objetivo da Escola Positiva de reduzir a criminalidade não foi alcançado, de modo que essa tarefa ficou a cargo da próxima escola: a Técnico-Jurídica.

3.2 Escola Técnico-Jurídica: presunção de culpabilidade

Além de tentar combater a criminalidade crescente, a Escola Técnico-Jurídica nasceu em razão da insatisfação com as conclusões a que chegaram a Escola Clássica e a Positiva.

Conforme anota Gomes (2014), em relação à primeira escola, repudiava-se a abstração gerada pela maneira como era estudado o direito penal, concebendo-o como universal e imutável, com gênese na revelação da consciência humana ou das leis da natureza. Já em relação à segunda, criticava-se a intromissão de outras áreas do conhecimento na ciência jurídico-penal. As disciplinas auxiliares como filosofia, sociologia, antropologia, entre outras, não podiam estar contidas no direito penal, porquanto dispersariam a precisão da pesquisa penal.

Assim, a fim de alcançar a evolução científica da ciência penal, conferindo-lhe objetividade e autonomia, a Escola Técnico-Jurídica propôs que o único meio para isso era centrar no estudo do direito positivo. Para realizar esse estudo, os técnico-jurídicos adotaram o método da dogmática jurídica, formulado pelo jurista alemão Rudolf von Jhering no âmbito do Direito Privado.

Essa concepção de dogmática parte da premissa de que toda e qualquer sociedade cria regras de convivência. Ocorre que, muitas vezes, em razão do emprego de determinados conceitos vagos ou relativos, essas regras carecem de delimitação certa, motivo pelo qual precisam de regras de interpretação. Em virtude disso, Ferraz Jr. (1993, *apud* GOMES, 2014), conclui que esse método pode levar a um alheamento da realidade

⁴ Bonfin e Capez (2004) informam que Lombroso, por ser médico que integrou o exército italiano, realizou a medição antropométrica de mais de 3.000 (três mil) soldados.

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

social, pois ocorre uma dupla abstração, visto que tanto as regras de condutas quanto as de interpretação são abstrações.

Essa conclusão foi verificada na Escola Técnico-Jurídica, que concebia a ideia de que o aplicador do Direito não poderia manipular o conteúdo normativo (ampliando-o, modificando-o ou restringindo-o), de modo que a interpretação passou a ser extremamente restritiva e literalista.

Em síntese, os técnico-jurídicos, com o objetivo de estabelecer a autonomia do direito penal, repeliram toda e qualquer intromissão de outros ramos do saber, elegendo o direito positivo como o único objeto de análise idôneo de uma ciência jurídica.

Essa ideia de direito penal passou a legitimar práticas fascistas de Mussolini, porquanto o único direito penal que existia era o posto, de modo que o Direito era explicado por meio do Direito, dispositivos legais por dispositivos legais, abstraindo-se de qualquer valor subjacente à realidade⁵. Em outros termos, o jurista dessa época não indagava o porquê da norma e os seus impactos sociais, mas apenas preocupava-se com as consequências dessa norma dentro do ordenamento jurídico, isto é, como essa norma seria alocada, interpretada e aplicada à luz do sistema vigente. Assim, esse aplicador do direito, objetivando ser técnico, passou a ser acrítico diante das inovações legislativas. O estudo das normas penais nesses moldes era, concomitantemente, critério de aferição científica do estudo e meio de legitimação dos atos do governo⁶.

Somando-se a ideia de que o único objeto de investigação do direito penal é o direito vigente (e só com este se interpreta e cria o Direito) à ideia de defesa social construída pelos técnicos jurídicos (fim perseguido pelo Direito Penal), que consubstancia conferir personalidade jurídica ao Estado, atribuindo-lhe a titularidade de bens jurídicos a serem resguardados, ainda que em prejuízo da proteção de bens jurídicos de natureza individual, sendo esta apenas instrumento à vontade estatal, chega-se à conclusão de que essa combinação é extremamente útil a governantes com traços autoritários que objetivam formular um projeto de repressão à criminalidade mais vigoroso, preterindo direitos individuais a pretexto de proteger a sociedade. Isso se dá em razão da negação da filosofia contratualista, conforme demonstra Ri Junior e Gouveia (2019, p. 230):

Rocco (1930) opõe-se explicitamente à filosofia contratualista e conseqüentemente à noção de que o poder estatal deriva das vontades dos indivíduos, que o delegam de acordo com uma dada limitação por eles imposta. Essas concepções, que ele chama de “ultra-individualistas” são diametralmente opostas à ideologia do fascismo. Como o próprio autor coloca, em seu discurso de apresentação do esboço final do projeto: ‘Para concepções ultra-individualistas do direito de punir, que, invés, mais em uma negação do que uma

⁵ O Direito construído e tido por correto era só aquele extraído de dados legais, de forma que isso resultava em um sistema fechado, inclusive para a realidade. Assim, todo desenvolvimento jurídico lastreado no direito vigente era considerado correto.

⁶ O princípio da legalidade na Itália Fascista não foi derogado, sendo utilizado “como forma de exercício de poder pelo Estado Fascista. Diversa de uma limitadora da atuação estatal, a lei, por meio do viés adotado do princípio da legalidade passou a ser utilizada como expressão da vontade coercitiva estatal” (RI JUNIOR; GOUVEIA, 2019, p. 231). Ao princípio da legalidade era dada função diversa da idealizada pelos Clássicos.

afirmação desse direito, considerado como uma Graciosa concessão feita pelos indivíduos para o Estado de uma forma que é sempre mutável e revogável e tem sempre como limitação a intransponível barreira do direito natural dos indivíduos à liberdade, ao menos na extensão de que esse não foi cedido, a filosofia penal jurídica do Fascismo é tenaz e logicamente oposta’.

Alfredo Rocco, irmão de Arturo Rocco, ministro da justiça de Benito Mussolini, responsável por elaborar o Código Penal Italiano de 1930 (ainda vigente), ao negar as premissas filosóficas do contratualismo, que obtemperam, em última análise, a submissão do Estado ao indivíduo, acaba consagrando que é o indivíduo que deve se submeter ao Estado. Diante disso, como resultado dessas concepções, práticas autoritárias como a supressão do direito à liberdade de manifestação, de reunião e de imprensa foram implementadas e consideradas legítimas.

Ainda dentre essas práticas tem-se a negação expressa do princípio da presunção de inocência. A justificação para essa negação é lastreada nas duas premissas essenciais explicadas alhures que foram adotadas por essa Escola: a defesa social e a dogmática jurídica, sendo a segunda mero instrumento para implementar a primeira. Desse modo, para dar concretude à defesa social, entendia-se a finalidade do processo penal como sendo a de reprimir cada vez mais a criminalidade e não como instrumento para o indivíduo defender-se do poder estatal.

Para implementar a ideia de defesa social, por meio da negação do princípio, Manzini, um dos principais expoente dessa Escola, utilizava dois argumentos: juízo probabilístico e equiparação entre indícios de justa causa e prova da culpabilidade.

Assim, consoante o pensamento do italiano, como a maioria dos imputados eram ao final considerados culpados, não haveria lógica em considerá-los inocentes, até porque se contra eles recaí uma imputação, de acordo com o “operar normal das coisas”, é de se presumir como verdadeiro o seu fundamento e não o contrário (LOPES, Jr., 2019).

É a partir dessa construção doutrinária que surge o princípio da não culpabilidade. Isso porque, com base nessas ideias, se ao final não fosse provada a culpa (juízo de reprovabilidade criminal) por qualquer motivo, era mais lógico dizer que o indivíduo era não culpado que dizer sê-lo inocente. Nesse seguimento de ensinamentos, considerar a não culpabilidade do acusado durante o processo não induz, necessariamente, à presunção de inocência, mas à certeza de que não resta ainda formada a sua culpabilidade antes do advento de determinado marco legal. Portanto, o acusado não deve ser considerado inocente nem culpado, mas apenas imputado. (SANTOS, 2017).

Encampano toda essa construção teórica formulada pelos técnico-jurídicos, o Código de Processo Penal italiano de 1930⁷ não consagrou o princípio da presunção de inocência, pelo contrário, o rechaçou de plano. Ocorre que, com o período pós-segunda guerra, a partir do qual se restabeleceu o regime democrático em praticamente toda a Europa, a Itália, com o propósito de conciliar as novas ideias desse regime sem

⁷ Calha salientar que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, que entrou em vigor em 1942, foi fortemente influenciado pelo CPP italiano de 1930. Essa constatação pode ser verificada já no item II da Exposição de Motivos do Código brasileiro.

abandonar o arcabouço teórico produzido por essa doutrina, consagrou em sua Constituição de 1947 o princípio da não culpabilidade⁸.

A Constituição Brasileira de 1988, conforme Gomes (1996), afastando dos seus parâmetros preferidos, Constituição de Portugal de 1976 e Espanhola de 1978, que consagram expressamente a presunção de inocência, aproximou-se à Constituição italiana, que objetivou colocar o imputado em posição neutra.

A despeito da diferença de sentido que se quis transmitir com o emprego de diferentes redações nas Constituições, é assente na doutrina pátria que não há razão em se fazer essa diferenciação, sendo a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade tratadas como sinônimas. Nesse sentido é o escólio de Giacomolli (2016, p. 113):

As fórmulas “presunção de inocência” (formulação positiva) e “presunção de não culpabilidade” (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados.

Portanto, a aparente neutralidade que o constituinte originário quis conferir à presunção de inocência ao não declará-la expressamente não foi capaz de modificar seu conteúdo substancial.

Delimitados o conceito de presunção, a origem e evolução do princípio ora pesquisado, cabe delinear o seu conteúdo, consectários efeitos e extensão.

4 Conteúdo multifacetado e extensão do princípio

O princípio da presunção de inocência é compreendido como um macrodireito, pois dele decorrem direitos específicos que o compõe e perfazem seu conteúdo.

Uma primeira faceta derivada desse macrodireito é a regra de tratamento, que possui dois âmbitos de incidência, um interno e outro externo (LIMA, 2019). A respeito do interno, essa regra impõe ao Poder Público tratar o imputado como se fosse inocente, de modo a impedir prisões preventivas⁹ automáticas, obrigatórias e com intuito de antecipação da pena. Quanto ao externo, a regra de tratamento, ancorada nos direitos fundamentais de imagem, de privacidade e de honra, é dirigida à sociedade em geral e, em especial, aos meios de comunicação, visando garantir “uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.” (LOPES, Jr., 2019, p.99).

A segunda faceta diz respeito ao encargo probatório, que consubstancia atribuir à acusação o ônus de provar cabalmente a culpabilidade do acusado. Isso se dá, essencialmente, em virtude de duas premissas: a primeira que considera ser a inocência

⁸ “Art. 27.2 L'imputato non e' considerato colpevole sino alla condanna definitiva” (ITÁLIA, 1947, [s.p]).

⁹ Há, na comunidade científica, uma grande divergência com vasta discussão entre abolicionistas e compatibilistas sobre a harmonia das prisões cautelares com o princípio da presunção de inocência, que, em virtude dos fins deste trabalho, não cabe ser tratada aqui.

o estado natural do ser humano, com ela nascendo e com ela permanecendo por toda a vida a menos que o Estado consiga uma condenação definitiva por meio do devido processo legal (NUCCI, 2015); a segunda, decorrência lógica da primeira, estabelece que sendo a inocência a regra, é a exceção que deve ser comprovada, isto é, deve ser feita a prova da culpa pela acusação e não da inocência pela defesa, pois é a culpa que carece de prova no processo penal e não a inocência (GIACOMOLLI, 2016).

A terceira faceta, que está intimamente ligada à segunda, é a regra de julgamento, que incide no momento de valoração da prova. Assim, se a prova não resta conclusiva acerca da culpabilidade do agente, a absolvição é medida que se impõe. Significa dizer que a decisão condenatória deve ser prolatada além de qualquer dúvida razoável que possa levar a decisão em sentido contrário (BELTRÁN, 2018).

Sob uma perspectiva holística acerca das facetas desse macrodireito, percebe-se que elas estão umbilicalmente entrelaçadas, de modo que só se consegue compreender o porquê da regra de tratamento e de julgamento caso compreenda a regra probatória. Igualmente, só se compreende esta se compreendidas aquelas. Por fim, só se compreende o conteúdo desse conjunto, globalmente considerado, tendo em vista o contexto de origem e a finalidade para que esse princípio surgiu.

Conquanto o conteúdo seja mais ou menos consenso entre os pensadores do Direito, é o âmbito de extensão desse conteúdo é que gera sérias divergências.

Como dito alhures, o princípio da presunção de inocência foi previsto expressamente pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – DDHC, de 1789. Posteriormente a ela, o referido princípio foi consagrado em diversos diplomas internacionais como na Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH, de 1948¹⁰; Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH, de 1950¹¹; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP, de 1966¹², e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, de 1969¹³.

Da análise da redação dos dispositivos previstos nessas legislações, percebe-se que todos eles asseveram que a presunção se estende até que a culpa seja *legalmente* comprovada. O uso desse vocábulo não foi sem motivo, mas sim visando atender às ordens jurídicas internas de cada país signatário¹⁴, cabendo-lhes fixar o momento a partir do qual a presunção é considerada vencida.

Nesse sentido, Alemanha, Espanha, França, Estados Unidos, Canadá e Argentina vinculam a superação da presunção de inocência à demonstração da culpabilidade do agente, que é investigada à luz dos fatos, os quais são apreciados até

¹⁰ “Art. 11.1 Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.” (ONU, 1948, [s.p]).

¹¹ “Art. 6.2 Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.” (CONSELHO DA EUROPA, 1950, [s.p]).

¹² “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (BRASIL, 1992, [s.p]).

¹³ “Art. 8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (BRASIL, 1992 [s.p]).

¹⁴ O Brasil é signatário de todos os diplomas internacionais supramencionados, salvo em relação à DDHC e à CEDH.

segunda instância e não pelo tribunal constitucional, por isso nesses países a execução antes do trânsito em julgado é permitida (NEVES; SOUZA, 2017).

Ainda de acordo com as autoras, por outro lado, Itália, Costa Rica, Paraguai e Uruguai condicionam a superação da presunção de inocência ao trânsito em julgado, permitindo o cumprimento da pena somente após sua ocorrência. Portugal, por sua vez, malgrado preveja a presunção de inocência até o trânsito em julgado, admite a execução antecipada da pena com fundamento no princípio da execução imediata e na finalidade da pena de prevenção geral e especial.

O Brasil, por meio da Constituição de 1988, que foi a primeira a prever expressamente o referido princípio, dispõe que a presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, nota-se que à luz do direito posto a Carta Constitucional brasileira confere maior amplitude ao estabelecer como termo final da presunção o trânsito em julgado e não a comprovação da culpabilidade.

A despeito de a Constituição de 1988 estabelecer um marco objetivo a partir do qual o princípio da não culpabilidade é considerado vencido, que, em tese, era para ser dotado de intersubjetividade, teses são formuladas visando antecipar o cumprimento da pena para antes do trânsito em julgado. Igualmente, teses são elaboradas a fim de conferir nova interpretação a esse fenômeno jurídico visando à execução da pena antes de esgotados todos os recursos.

A elaboração dessas teses recebe realce e abordagem distintos quando feita levando em consideração a pena aplicada pelo Conselho de Sentença, pois a soberania dos veredictos conferida às decisões do Tribunal do Júri passa a ser fator levado em consideração.

Não obstante, antes de adentrar nessas construções teóricas, faz-se necessário, para uma boa compreensão da problemática, ter em mente noções elementares sobre o Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos.

5 Tribunal do Júri como direito de dupla garantia

Não há, na comunidade científica, consenso sobre a gênese do Tribunal do Júri, sendo ela incerta e remota. Entretanto, segundo Freitas (2018), o que não se pode negar é que já as sociedades mais simples se organizavam em forma de tribunais populares para julgar seus pares. Ainda segundo esse autor, verificam-se os tribunais populares já nas Leis de Moisés, que “teria instituído um tribunal popular e plantado a semente do que poderia vir a ser o júri moderno, cuja processualística se assentava em regras como informação rigorosa, publicidade dos debates, liberdade de defesa do acusado, dentre outras.” (FREITAS, 2018, p. 8).

Todavia, o júri com os contornos que hoje se conhece é fruto do *Writ* de 1.166 do então rei da Inglaterra Henrique II; e da Magna Carta de 1.215 do rei da Inglaterra João Sem-Terra (RANGEL, 2018). O surgimento do júri nesse país se deu em virtude da aversão às barbáries perpetradas pela igreja católica ao conduzir os processos criminais em busca da verdade real e em razão do inconformismo com os julgamentos extremamente parciais realizados pelos juízes e tribunais designados pelos reis absolutistas. Assim, o júri nasceu com um propósito bem claro: evitar abuso na condução

dos processos e impossibilitar interferências dos governantes nas decisões para obter a imparcialidade dos julgamentos.

No Brasil, o Tribunal do Júri tem origem antes mesmo da independência do país e de sua instituição na metrópole Portugal. Instituído por meio da Lei de 18 de junho de 1822, o júri tinha competência para julgar os crimes de imprensa. Dois anos depois, em 1824, o júri ganha assento constitucional, sendo tratado no título “Do Poder Judicial” (FREITAS, 2018).

Com a próxima Constituição, a de 1891, o júri é previsto, pela primeira vez, na seção “Declaração de Direitos” e as suas decisões passam a ser dotas de soberania. Na Constituição seguinte, a de 1934, o júri é previsto constitucionalmente, entretanto sendo alocado no capítulo “Do Poder Judiciário” (SILVA, 2005).

Posteriormente, com o “Estado Novo” de Getúlio Vargas e a decretação da Carta Constitucional de 1937, o júri perde assento constitucional bem como a soberania dos veredictos, podendo suas decisões ser revistas totalmente pelo Tribunal de Apelação, conforme o art. 96 do Decreto-Lei n. 167/1938 (MENDES; BRANCO, 2017).

Com a próxima Constituição, a de 1946, o júri voltou a ter previsão constitucional, desta vez no capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, e passou a gozar da soberania dos veredictos, sendo-lhe reservada, pela primeira vez, a competência para julgar apenas os crimes dolosos contra vida.

A estrutura morfológica do júri consagrada pela Carta Magna de 1946 é mantida na de 1967. Entretanto, com EC n. 1/69, no auge dos “anos de chumbo” da ditadura militar, ele perdeu a soberania dos veredictos.

Por fim, com a redemocratização e a promulgação da Carta Cidadã de 1988, o júri passa a usufruir, nos termos do art. 5º, XXXVIII, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra vida, sendo previsto no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e, por isso, recebendo o *status* de cláusula pétrea.

Diante desse esboço histórico, nota-se que, em períodos de autoritarismo, como o “Estado Novo” e a ditadura militar, a instituição do júri sofre ataques com a supressão da soberania dos veredictos, voltando com mais força nos períodos subsequentes de redemocratização (RODRIGUES, 2020).

Logo, nesses períodos de alta consciência de cidadania, percebe-se uma valorização da finalidade para a qual o júri surgiu: conter o poder estatal, garantir proteção ao povo e evitar ingerências que possam comprometer a imparcialidade do julgamento. Assim, o júri atua como instrumento de consolidação do regime democrático, pois o povo, ao participar do legislativo e do executivo escolhendo os representantes, participa também do judiciário, decidindo o destino daquele concidadão que supostamente violou o bem jurídico vida.

Desse modo, embora o júri seja indubitavelmente um órgão do Poder Judiciário de primeira instância, com composição heterogênea e duração temporária, ele não foi previsto no capítulo referente a essa função estatal, mas sim no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. Essa alocação topográfica é dotada de significação, pois com isso quis se ressaltar a sua substância de direito e garantia fundamental.

A respeito dessa substância, tem-se que o Tribunal do Júri é um direito de natureza dúplice. Isso se dá porque, de um lado, consagra ao cidadão acusado o direito

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

de obter um julgamento realizado por seus pares, “pessoas comuns” integrantes de um mesmo contexto social, e por isso podem oferecer uma solução mais adequada¹⁵; e, de outro, reconhece aos cidadãos não acusados (coletividade) o direito de participar da administração da justiça. Nesse sentido são os ensinamentos de Campos (2018, p. 2):

Deve-se entender que o Tribunal do Júri traduz, na expressão de José Afonso da Silva, a garantia, ou o direito-instrumental, destinada a tutelar um direito principal, que é o da liberdade, e também o direito coletivo, social, da própria comunidade, de julgar seus infratores. Um direito não é superior ao outro. Equivalem-se em importância. Não se pode analisar o Júri como exclusivamente um direito ou garantia individual, descurando-se do interesse social, sob pena de regredir-se ao mais retrógrado individualismo tribal, nem tampouco pensar no Tribunal do Povo como representante único do interesse social, esquecendo-se do indivíduo, porque aí se cairia na mais atrasada e violenta ditadura. A virtude está no meio.

Entretanto, indo de encontro a essas ideias, Melchior (2020) obtempera que o júri e a soberania dos veredictos, por estarem previstos no capítulo referente aos direitos e garantias *individuais* e por se tratar de matéria penal, não são titularizados pela coletividade, isto é, pelos indivíduos não acusados, mas sim pelos submetidos à persecução penal do Estado. Assim, segundo esse autor, esses direitos fundamentais teriam uma natureza unidirecional, de modo que, ao concebê-los com natureza dúplice, estar-se-ia subvertendo a finalidade das normas constitucionais, implicando uma inversão do discurso garantista.

Não obstante, a natureza dúplice mostra-se mais consonante com o caráter teleológico do júri, que é ser instrumento de consolidação da democracia, sendo ela também reconhecida por Nucci (2020b, p. 460), que visualiza na instituição do júri “um direito individual, consistente na possibilidade que o cidadão de bem possui de participar, diretamente, dos julgamentos do Poder Judiciário”.

Assim, considerando o Tribunal do Júri como um direito de o cidadão não acusado de participar da administração da justiça e considerando que ele foi concebido como meio de impedir a interferência estatal nos julgamentos, faz-se imprescindível que suas decisões sejam protegidas justamente dessa ingerência. Diante disso, a soberania dos veredictos é o meio apto à consecução desse fim, pois permitir a sobreposição da vontade e entendimento do judiciário em detrimento da do Conselho de Sentença seria contrariar a própria razão de ser da instituição do júri. Nesse sentido, imperioso estabelecer o conteúdo normativo da soberania dos veredictos a fim de identificar o grau de densidade das decisões do júri.

6 O conteúdo normativo da soberania dos veredictos e sua influência na densidade decisória da decisão do Conselho de Sentença

¹⁵ Tachy (2020) aduz que, além de o jurado ter medo de ser injusto, ele não cai em monotonia, ficando atento aos debates orais e possibilitando a reflexão no processo penal.

A soberania dos veredictos consubstancia-se em parcela de poder constitucionalmente conferida ao povo. Essa conclusão pode ser obtida por meio de uma interpretação sistemática da Constituição de 1988. Isso porque, segundo Rodrigues (2020, p. 885), o vocábulo soberania só foi empregado no texto constitucional em três hipóteses: soberania como fundamento da república; soberania popular exercida por meio do sufrágio universal e a soberania dos veredictos. A partir disso, o autor conclui que, longe de ser uma opção gramatical sem relevância, ao correlacionar a soberania do veredicto à república e ao voto, quis se ressaltar que o veredicto é uma expressão de poder do povo e, concomitantemente, “conferir à decisão dos jurados uma força jurídico-normativa superior à das demais decisões do Estado-juiz. Afinal, é uma decisão que não está sujeita a reforma sequer pela Suprema Corte do País.”.

Assim, dogmaticamente, a soberania consiste na impossibilidade de um juiz ou tribunal togados sub-rogarem-se na competência funcional constitucionalmente atribuída ao júri para alterar o mérito da decisão. Desse modo, percebe-se que a soberania não é um fim em si mesmo, pois, ao consagrá-la, assegura-se a própria competência do tribunal popular para julgar os crimes dolosos contra vida. Nessa perspectiva, Nucci (2020a, p. 84) conclui que a soberania do veredicto visa “assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri”.

Contudo, tratar o veredicto como soberano não significa entendê-lo como absoluto. É cediça a lição de que não há direitos fundamentais absolutos, não sendo a soberania dos veredictos uma exceção à regra. Isso ocorre em virtude da necessidade de compatibilizar esse direito fundamental com outros, como o do duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, ampla defesa.

Dessa maneira, a fim de harmonizá-los, o procedimento do Tribunal do Júri estabelece um controle prévio e outro posterior de sua persecução criminal judicial (RODRIGUES, 2020).

O controle prévio cuida-se do *iudicium accusationis* ou sumário da culpa, que é a primeira fase do procedimento do júri e é realizada perante o juiz sumariante. Essa fase destina-se a inibir acusações temerárias sem qualquer lastro probatório idôneo a permitir a submissão do acusado a júri popular, permitindo apenas feitos sólidos e consistentes com conjunto fático-probatório robusto cheguem ao *iudicium causae*, que é a segunda fase do procedimento e é realizada perante o Conselho de Sentença e perante o juiz-presidente.

Assim, com o intuito de atingir esse objetivo, a primeira fase do procedimento permite amplo debate para verificação da provável culpabilidade do acusado, possibilitando, inclusive, o acesso aos Tribunais Locais e Regionais e aos de Superposição.

O controle posterior é o sistema recursal que, sem permitir o Poder Judiciário alterar o mérito definido pelo Conselho de Sentença, é destinado a fiscalizar a sua atuação e a inibir eventuais excessos e abusos que se caracterizam como decisões teratológicas. Desse modo, Rodrigues (2020), percebendo que a soberania dos veredictos constitui elemento normativo que confere às decisões do júri elevado grau de

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

imutabilidade, de modo que ela reflete sobremaneira na estrutura recursal do júri, cria a tese da coisa julgada parcial das decisões do tribunal do povo, com a qual propõe uma reinterpretação da coisa julgada.

Para formular a tese, o autor parte de duas premissas: i) na sentença do júri existem duas cognições decisórias a respeito de matérias distintas; ii) o efeito devolutivo do recurso de apelação contra a decisão do Tribunal do Júri é restrito.

A respeito da primeira, a sentença oriunda da segunda fase do procedimento do júri, embora consubstancie um único ato judicial, possui duas decisões que não se confundem e são provenientes de duas cognições distintas. Isso porque, após o acusado ser pronunciado e levado a plenário, ao conselho de jurados incumbirá decidir sobre a materialidade dos fatos e a autoria (art. 483, CPP) e ao juiz presidente caberá realizar a dosimetria da pena (art. 492, CPP), caracterizando uma sentença subjetivamente complexa (CAMPOS, 2018). Assim, enquanto os jurados partem do acervo probatório para formular a decisão condenatória, o magistrado parte dessa decisão para quantificar a pena.

Desse modo, prossegue o autor, por serem decisões diferentes, estão sujeitas impugnações específicas e distintas, o que implica momentos preclusivos também distintos. Nesse sentido, o art. 593, III, do CPP, traz quatro hipóteses contra as quais o condenado pode se insurgir, das quais apenas uma é relativa à decisão do corpo de jurados, qual seja, a alínea d, que é quando o veredicto do júri é manifestamente contrário às provas dos autos, sendo as outras três referentes a atos do juiz-presidente.

A respeito da segunda premissa, que é o efeito devolutivo restrito da apelação interposta contra a decisão do Tribunal do Júri, ele é consagrado no enunciado n. 713 da súmula da jurisprudência do STF. Essa restrição do efeito devolutivo da apelação aos fundamentos de sua interposição, não devolvendo ao Tribunal *ad quem* o integral conhecimento da causa como ocorre nos demais recursos criminais, se dá para preservar a soberania dos veredictos, pois, caso se permitisse a ampla devolutividade, abrir-se-ia margem aos desembargadores possibilitando-lhes apreciar matérias não impugnadas, podendo, em razão disso, anular o julgamento do júri.

Em outras palavras, seria possível, diante do inconformismo do Tribunal de Apelação com a conclusão a que chegou o conselho de jurados, identificar eventuais vícios não impugnados para anular o júri, manipulando, dessa maneira, o resultado do *decisum* e prejudicando a soberania dos veredictos.

Assim, essas duas premissas lidas à luz das tradicionais lições sobre trânsito em julgado¹⁶, que consignam que ele ocorre quando há esgotamento dos recursos para modificar a decisão ou quando o prazo recursal transcorreu *in albis*, possibilitaram Rodrigues (2020, p. 893) identificar a coisa julgada parcial em duas hipóteses que se passará a expor.

¹⁶ Segundo Marques (1969), coisa julgada penal formal consubstancia-se na “inalterabilidade e irrecorribilidade que em determinado momento adquire a decisão judicial” (*apud* LAVOURA, 2013, p. 204). Já a coisa julgada penal material consiste na “qualidade de imutabilidade do comando emergente do provimento decisório penal definitivo (sentenças penais, ordinárias e sumárias) e das decisões com força de definitivas que, ao reforçar a estabilidade desses atos estatais (agora não mais impugnáveis no rito), busca impedir que o fato ali elucidado ou penalmente fulminado seja alçado à condição de objeto de persecução penal posterior.” (LAVOURA, 2013, p. 207).

A primeira se dá quando a apelação é interposta exclusivamente contra a dosimetria da pena. Sendo o capítulo atinente à culpa do réu (reconhecimento da responsabilidade criminal pelo fato imputado) fruto de um veredicto soberano, que não foi objeto do inconformismo manifestado na apelação, e sobre ela incidindo o efeito devolutivo restrito, implicará impossibilidade de revisão sobre a decisão dos jurados, estando não só o Tribunal de Apelação, mas também os de Superposição impedidos de apreciar a decisão meritória proferida pelo Conselho de Sentença, ainda que com ela não concordem.

Portanto, como a decisão popular está impossibilitada de ser revista e alterada, sobre ela recaem a indiscutibilidade e a imutabilidade. Nessa esteira, como se está diante de verdadeiro trânsito em julgado de decisão penal condenatória, o cumprimento da pena seria, em tese, possível sem sequer mitigar o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, CR/88.

Entretanto, diante dessa hipótese surge um problema: considerando que os efeitos da coisa julgada incidiram só sobre o capítulo da responsabilidade criminal e não sobre o outro referente ao cálculo trifásico da pena que se encontra pendente de recurso, qual parâmetro de pena o condenado deve cumprir? A essa pergunta Rodrigues (2020, p. 897) aduz que, em razão de o processo de dosimetria não poder conduzir a pena do condenado por crime doloso contra a vida aquém do mínimo legalmente estabelecido, deve ser considerada, tanto para cumprimento quanto para cálculo dos benefícios da execução, a pena mínima abstratamente prevista para o delito, enquanto pendentes de julgamento os recursos relativos à dosimetria.

Contudo, discordando não apenas do cumprimento da pena mínima, mas também da cisão da sentença do Tribunal do Júri, Melchior (2020, p. 1072) assevera que essa decisão

expressa um único ato de poder do Estado, materializada em único título, sobre o qual incidirão os mecanismos de controle e impugnação. A defesa da existência de “marcos diferenciados de trânsito em julgado” [...] incorre, como se observa, em mais de um problema: cria, a *manu militari*, novo conceito de coisa julgada, sem fonte e história, a fim de que seja possível atribuir efeitos materiais a parte de uma decisão, ainda em aberto [...].

Malgrado a técnica empreendida para construir os marcos diferenciados do trânsito em julgado, aponta-se outro problema com cumprimento da pena mínima cominada no preceito secundário do tipo legal. O problema consiste na possibilidade de a pena aplicada pelo Tribunal do Júri ser aquém do mínimo legalmente previsto em virtude do reconhecimento pelo Conselho de Sentença e valoração e aplicação pelo juiz-presidente de causas de diminuição de pena, que, como sabido, podem deixar a pena aquém e levá-la além dos patamares fixados pelo legislador (REALE, JR., 2020; BITENCOURT, 2018).

Portanto, por exemplo, em um homicídio qualificado, caso a pena provisória fique no mínimo (doze anos) e, na terceira fase, incidam a tentativa diminuindo um terço (art. 14, II, do Código Penal – CP) e a participação de menor importância reduzindo um

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

sexto (art. 29, §1º, do CP), com dupla diminuição (art. 68, do CP), a pena será seis anos e oito meses. O mesmo raciocínio pode ser feito com outras minorantes como o arrependimento posterior e o homicídio praticado sob o estado de violenta emoção após injusta provocação da vítima. Assim, não se mostra razoável que a pena de doze anos seja considerada para fins de cumprimento e de cálculo dos benefícios da execução.

Dessa maneira, como sobre a pena não recaiu sequer o efeito da coisa julgada formal, já que houve recurso só quanto ao capítulo referente a esse assunto (v.g., apelação contra a valoração feita pelo juiz presidente das causas de diminuição de pena – art. 593, III, c, do CPP) indaga-se: como permitir que desse capítulo da sentença efeitos¹⁷ sejam produzidos atingindo a liberdade do indivíduo que, a despeito de ter sofrido um juízo de reprovabilidade, *in casu*, inalterável, não sabe qual pena cumprir¹⁸?

Portanto, embora se reconheça que na sentença do Tribunal do Júri haja dois capítulos distintos, um relativo ao juízo de culpabilidade e outro relativo à pena, e sobre aquele recaia a coisa julgada, há uma interdependência lógica entre ambos os capítulos que leva à conclusão de que não há como recolher o condenado ao cárcere para cumprimento da pena porque simplesmente ainda não há uma definitivamente estabelecida.

Retornando às hipóteses de trânsito em julgado parcial, a segunda hipótese explanada por Rodrigues (2020) é a referente à proibição de segundo apelo idêntico (com mesmo fundamento) em face de julgamento refeito.

Como visto acima, a soberania dos veredictos impacta fortemente o sistema recursal relativo às decisões do Tribunal do Júri. Um desses impactos consiste na impossibilidade de o juízo *ad quem* reformar a decisão quando o conteúdo impugnado é concernente à matéria de competência constitucionalmente consagrada ao Conselho de Sentença. Nesses casos, o juízo recursal realiza apenas o juízo rescindendo (*iudicium rescindens*), anulando o julgamento e submetendo o acusado a outro tribunal popular, sendo-lhe vedado realizar o juízo rescisório (*iudicium rescissorium*), isto é, ele mesmo corrigir o vício prolatando uma nova decisão (LIMA, 2019). A razão dessa peculiaridade é simples: evitar violação da soberania dos veredictos e, conseqüentemente, usurpação da competência constitucional. Portanto, o provimento da apelação interposta com fundamento no art. 593, III, d, do CPP, implica apenas novo julgamento.

Da decisão do novo júri caberia uma nova apelação. Entretanto, com vistas a inibir a interposição infundável de recursos e a proteger a soberania dos veredictos (impossibilitando anulação de julgamentos até surgir uma decisão “adequada” aos olhos do Tribunal de Apelação), a parte final do §3º do art. 593 do CPP dispõe ser vedada segunda apelação com fundamento no art. 593, III, d, do CPP.

¹⁷ Segundo Vasconcellos (2019, p. 142), “o reexame sobre a condenação deve ser realizado em momento anterior à liberação de seus efeitos e da atuação do poder punitivo estatal. Por se tratar de medida profundamente gravosa e irreparável, a imposição de uma sanção criminal deve ser verificada por meio do juízo recursal antes do início de sua execução. Trata-se de medida indispensável para a efetiva realização do direito de defesa e da proteção da presunção de inocência.”

¹⁸ No processo civil, para que a execução recaia sobre parte da sentença que não transitou em julgado, isto é, para que dessa parte da decisão efeitos sejam extraídos, é necessário que esteja presente o requisito da reversibilidade de eventual prejuízo ao réu/executado. No processo penal, por estar em jogo a liberdade, há impossibilidade lógica desse requisito se fazer presente.

Dessa maneira, exemplifica Rodrigues (2020), caso o juízo absolutório do primeiro júri seja impugnado pelo Ministério Público sob o fundamento de contrariedade à prova dos autos, e o Tribunal de Justiça dê provimento fundamentando na ausência de provas nos autos a lastrear a decisão popular, o acusado será submetido a novo plenário. Nesse segundo júri, se o réu for condenado não poderá a defesa utilizar do argumento que outrora foi usado pelo *Parquet*. Isso porque a partir do momento em que o acórdão transitou em julgado, já há uma manifestação de mérito do Tribunal a respeito da impossibilidade de um juízo absolutório. Portanto, permitir segunda apelação com base no mesmo argumento seria possibilitar modificação de decisão transitada em julgado sem ser pela via da revisão criminal.

Diante desse contexto, o autor percebe que como o segundo julgamento pelo Tribunal do Júri a respeito da conclusão fático-probatória não pode sofrer revisão pela via recursal, sobre essa decisão incidem a imutabilidade e indiscutibilidade, de modo a ser possível o cumprimento da pena.

Contudo, caso nesse cenário haja interposição de recursos contra aspectos da dosimetria da pena, as ressalvas feitas acima a respeito da impossibilidade de cumprimento da pena mínima também se fazem presentes aqui.

Cabe consignar, ainda, que as duas hipóteses de trânsito em julgado parcial sustentadas por esse autor não ocorreriam, conforme ele mesmo alerta, de maneira ampla e irrestrita. Assim, havendo interposição de apelação com o fundamento em nulidade posterior à pronúncia¹⁹ (art. 593, III, a, do CPP) não há como ter o trânsito em julgado parcial, pois o eventual provimento do recurso “tem potencial para afetar toda a sessão de julgamento, sindicando tanto a decisão do Juiz quanto a dos jurados, não havendo, ainda, estabilidade apta a conferir-lhe o *status* de coisa julgada.” (RODRIGUES, 2020, p. 894). Outrossim, o apelo interposto com fundamento em decisão do juiz-presidente contrária à lei ou à decisão dos jurados (art. 593, III, b, do CPP) obsta a coisa julgada parcial, porquanto sobre o próprio mérito da decisão recai divergência com a qual não é possível obter o efeito da indiscutibilidade.

Assim, a acurada construção teórica que resultou na tese de marcos diferenciados de trânsito em julgado, que teria âmbito de alcance restrito, encontra óbice não apenas prático mas também dogmático no tocante à qual pena cumprir, não sendo possível o imediato cumprimento da pena, seja pela possibilidade de anulação da sessão de julgamento (art. 593, III, a e b, do CPP), seja por justamente não haver uma pena definitiva (art. 593, III, c, do CPP).

Dessa maneira, afastada, sob essa análise, a possibilidade de cumprimento da pena enquanto ainda pendem recursos, cumpre analisar, por derradeiro, se a Corte Constitucional brasileira, por meio dos HC n.ºs 118.770/SP e 140.449/RJ e do RE n.

¹⁹ Ressalte-se a possibilidade de interpor apelação contra a decisão do Tribunal do Júri com fundamento em nulidade anterior à pronúncia. Nesse caso, a nulidade deve ser absoluta, pois não se sujeita à preclusão e, por isso, pode ser alegada em qualquer momento. Contudo, caso essa nulidade tenha sido alegada em recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia e tenha sido julgada pelo tribunal *ad quem*, não caberá impugná-la na apelação, já que sobre essa questão recaiu os efeitos do trânsito em julgado (LIMA, 2019). Destarte, pela potencialidade de prejudicar inclusive a sessão de julgamento, essa razão recursal também impede o trânsito em julgado parcial.

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

1.235.340/SC; e o legislador federal, por meio da Lei n. 13.964/19, trouxeram peculiaridades capazes de superar a conclusão aqui evidenciada.

7 *Análise jurisprudencial*

Não se vislumbra, em nenhum dos três julgados do Supremo Tribunal, discussão semelhante à aqui realizada. Com o julgamento do HC n. 118.770/SP, o argumento central para permitir a execução imediata da pena aplicada pelo Conselho de Sentença foi a impossibilidade de o tribunal *ad quem* substituir a decisão do júri.

No julgamento do HC n. 140.449/RJ, a discussão limitou-se, sem maior aprofundamento dos institutos, a ressaltar a soberania dos veredictos como direito fundamental apto, por si só, a autorizar a execução da pena, já que o Tribunal de Apelação pode, no máximo, anular o julgamento e determinar que outro seja realizado perante novos jurados. Apenas foi acrescentado um argumento de juízo probabilístico, que sustentou ser irrisório o número de julgamentos anulados e que, em razão disso, não se justifica a mitigação da soberania do júri popular.

Em relação ao julgamento do RE n. 1.235.340/SC, que se encontra pendente de julgamento, votaram os Ministros Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. O Ministro Relator Roberto Barroso, na esteira dos HC retromencionados, inicialmente, frisou a soberania do júri como idônea a autorizar a execução da pena. Além disso, para justificar a execução antecipada da sanção penal, salientou o baixíssimo percentual de júris anulados, de modo que “considerando o inexpressivo percentual de modificação das decisões condenatórias do Júri, tudo recomenda que se confira máxima efetividade à garantia constitucional da soberania dos veredictos do Júri, mediante a imediata execução das suas decisões.” (BRASIL, 2020, p. 10).

Ademais, foi sustentado por esse Ministro que a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP nas ADCs n. 43, 44 e 54 sobre as hipóteses de prisão permitidas não pode obstar a fixação do alcance e sentido da cláusula pétreia da soberania dos veredictos, sendo que esse dispositivo infraconstitucional deve ser conformado ao art. 5º, XVIII, c, da CR/88.

Por fim, consignou que o art.492 do CPP, que a partir da Lei n. 13.964/2019 passou a permitir a imediata execução da pena igual ou superior a quinze anos aplicada pelo Conselho de Sentença, deve receber interpretação conforme com redução de texto, a fim de excluir o parâmetro de pena como condição para o seu imediato cumprimento, pois implica injustificável quebra da isonomia entre os condenados, e porque a execução da condenação ainda pendente de recursos retira seu fundamento legitimador da soberania dos veredictos e não de uma quantidade de pena.

O Ministro Gilmar Mendes, manifestando-se contrariamente ao voto do Min. Barroso, obtemperou que o reduzindo grau de cognição do recurso de apelação não afasta a relevância do exame que ela possibilita. Além disso, consignou que esse modo de executar a pena viola o princípio da presunção de inocência, notadamente a faceta da regra de tratamento. Já o Ministro Dias Toffoli, por sua vez, seguiu na íntegra os argumentos trazidos pelo Relator.

Diante dos fundamentos das decisões do Supremo e das alterações realizadas no art. 492 do CPP, percebe-se que tanto a Corte Constitucional como o Pacote Anticrime não abordam a possibilidade de execução antecipada da pena a partir da perspectiva de marcos diferenciados de trânsito em julgado.

Nesses julgamentos e na inovação legislativa, o problema é abordado sob outra perspectiva: a de que, embora a decisão condenatória do Tribunal do Júri esteja sujeita à eventual modificação em virtude de novo julgamento, deve a decisão do júri prevalecer em respeito a sua soberania. Noutras palavras, malgrado não recaia sobre a decisão os efeitos da indiscutibilidade e imutabilidade, a pena já deve ser cumprida. Além disso, não é abordado o problema de qual pena será executada.

Assim, se a proposta de execução antecipada da pena formulada por Rodrigues (2020), que tem por fundamento capítulo da decisão que goza dos efeitos da indiscutibilidade e imutabilidade, é questionável; a elaborada por Barroso e Toffoli e implementada pelo Pacote Anticrime é ainda mais, pois objetivam o cumprimento da pena independentemente da presença desses efeitos na decisão condenatória.

Diante do exposto nesta e nas seções anteriores, verifica-se que, a despeito das peculiaridades do procedimento do Tribunal do Júri, como a impossibilidade de reforma por qualquer tribunal, recurso com fundamentação vinculada, efeito devolutivo restrito, elas não são capazes de permitir a execução da pena antes de apreciados e julgados os recursos interpostos pela defesa.

Isso porque, em que pese o capítulo da sentença referente à culpabilidade, em algumas situações, estar acobertado pela coisa julgada, o outro capítulo concernente à pena não está. Diante disso, não se vislumbra como retirar efeitos deste capítulo da sentença (leia-se: encarcerar o condenado para cumprir pena), por estar ele ainda em aberto. Assim, visto que ambos os capítulos são reciprocamente dependentes, para fazer valer o capítulo relativo ao juízo de reprovabilidade do conselho popular, faz-se necessário que o relacionado à pena esteja definitivamente estabelecido.

Portanto, o obstáculo à execução da pena enquanto pendem recursos se dá em virtude de problema relativo à harmonia e operacionalização dos institutos.

8 Considerações finais

Quando se iniciou a pesquisa constatou-se, de um lado, uma intensa oscilação jurisprudencial a respeito do conteúdo e extensão do princípio da presunção de inocência, mormente quando confrontado com a soberania dos veredictos. De outro lado, verificou-se um número expressivo de ações penais de competência do Tribunal do Júri pendentes de julgamento que serão inexoravelmente afetadas a partir da tese que vier a prevalecer. Por isso, mostrou-se necessário estudar a execução antecipada da pena à luz desses dois direitos fundamentais.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral compreender o princípio da presunção de inocência bem como a densidade normativa das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, a fim de verificar se há alguma peculiaridade no procedimento do Tribunal do Júri apta a permitir a execução da pena aplicada por ele antes de

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

apreciados e julgados os recursos manejados pela defesa. Esse objetivo foi atingindo por meio da consecução dos seis objetivos específicos.

O primeiro objetivo específico foi estabelecer uma delimitação conceitual do vocábulo presunção para definir a natureza da presunção de inocência. Esse objetivo foi atendido porque se conseguiu demonstrar o seu caráter de presunção legal, constatando que presumir a inocência do imputado é não de realizar um juízo empírico, mas sim de aplicar a norma constitucional.

O segundo objetivo específico consubstanciou em realizar uma abordagem histórico-filosófica sobre a gênese do princípio da presunção de inocência. Outrossim, esse objetivo foi alcançado por meio da análise da filosofia contratualista de Rousseau e sua influência na construção teórica do princípio pela Escola Clássica. Também foi analisada a filosofia positivista de Comte e Darwin e sua influência na Escola Positiva, que concebeu a criminalidade como inerente aos indivíduos, de modo que acabou por mitigar o princípio. Além disso, foi examinado o positivismo jurídico defendido pela Escola Técnico-Jurídica, que foi implementado por meio da dogmática jurídica, com a qual possibilitou dar concretude à ideia de defesa social, possibilitando, assim, a negação da presunção de inocência por Vincenzo Manzini. Da análise das três escolas penais, constatou-se que a presunção de inocência nos moldes oferecidos pela Primeira Escola é que se coaduna com a natureza de norma de presunção.

O terceiro objetivo específico consistiu em perquirir o conteúdo e a extensão do princípio da presunção de não culpabilidade. Quanto ao conteúdo, esse objetivo foi atendido, visto que se puderam defini as três facetas que o formam e lhe dão concretude. A respeito da extensão, o objetivo também foi alcançado, observando-se que no Brasil, diferentemente de outros países, há um termo final objetivamente estabelecido para cessar a presunção.

O quarto objetivo foi analisar a instituição do júri. Do mesmo modo, esse objetivo foi atingido, por meio de uma interpretação histórica, evolutiva e teleológica, concluindo que ele é instrumento de limitação do poder estatal e mecanismo de consolidação da democracia.

O quinto foi examinar a soberania dos veredictos e a densidade decisória das decisões dela decorrentes. Igualmente restou alcançado, constatando-se que a decisão do Conselho de Sentença possui uma força jurídico-normativa superior a das demais decisões, por causa da estabilidade que a soberania do veredicto lhe confere. Entretanto, observou-se que essa força superior, por si só, não é capaz de permitir a execução provisória da pena.

O último objetivo específico consistiu em explorar o teor dos HC n. 118.770/SP e 140.449/RJ bem como do RE 1.235.340/SC. Também foi atingido esse objetivo, percebendo-se que a execução da pena, nos moldes propostos por esses julgados, viola a Constituição de 1988, porque objetivam extrair efeitos da decisão condenatória que não está coberta pelos efeitos da coisa julgada.

Desse modo, considerando as lições extraídas de cada objetivo específico, a hipótese foi testada e confirmada. Diante disso, a pergunta do problema foi respondida, concluindo que as peculiaridades inerentes ao procedimento do júri não são capazes de permitir a execução antecipada da pena antes de julgados os recursos interpostos pela defesa.

Assim, em que pese os resultados obtidos por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, encontrou-se limitação temporal, pois poderia ter sido realizada uma análise mais verticalizada em relação ao instituto da coisa julgada, já que é ponto fulcral para a compreensão do problema e, conseqüentemente, para busca de novas soluções.

Diante disso, recomenda-se que, em novas pesquisas, seja explorado o instituto da coisa julgada, com vistas a analisá-lo e a correlacioná-lo ao sistema recursal do júri e à presunção de inocência.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 149-182, 7 mar. 2018. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/131>. Acesso em: 21 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/6e409e70de53e4698eb477f89dad5045.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília. Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 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. Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais.** Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil, dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. [...]. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, 05 fevereiro 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 126.292 São Paulo.** Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. [...]. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 118.770 São Paulo.** Direito constitucional e penal. Habeas Corpus. Duplo homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. [...]. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Coator: Relatora do HC n. 120.241 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Roberto Barroso, 07 março 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 140.449 Rio de Janeiro.** Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de Agravo Regimental. Duas tentativas de homicídio triplamente qualificado. Execução provisória da pena. Possibilidade. Inadequação da via eleita. [...]. Impetrante: Cezar Roberto Bitencourt. Coator: Relator do HC n. 387.067 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Roberto Barroso, 06 novembro 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748979180>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. 05 outubro 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.235.340 Santa Catarina**. Direito Constitucional Penal. Recurso Extraordinário. Femicídio e posse ilegal de arma de fogo. Condenação pelo Tribunal Do Júri. Soberania Dos Veredictos. Constitucionalidade da execução imediata da pena. Recurso Extraordinário Provido. [...]. Requerente: Ministério Público de Santa Catarina. Requerido: Joel Fagundes da Silva. Relator. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-prisao-condenacao.pdf>; <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-prisao-condenacao.pdf>; <https://www.conjur.com.br/dl/voto-toffoli-veredito-tribunal-juri.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. Pró-reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão. 5. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 15 out. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA. **Déclaration de Droits de L’homme Et Du Citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 25 maio 2020.

FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e tribunal do júri: a influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 377, jul. 1996.

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O tecnicismo jurídico e sua contribuição ao Direito Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 15, p. 178-191, jan. 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=194. Acesso em: 29 outubro 2020.

HARET, Florence. Por um conceito de presunção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 725-744, 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67876/70484>. Acesso em: 19 jun. 2020.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana, 1947**. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:costituzione>. Acesso em: 15 out. 2020.

ITÁLIA. **Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447**. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>. Acesso em: 15 out. 2020.

LAVOURA, Éric. **A coisa julgada penal e seus limites objetivos**. São Paulo: Atlas, 2013.

LEYVA, Raymundo Gama. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. **Revista de Estudios de La Justicia**, Ciudad de México, n. 19, p. 65-89, 2013. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36187>. Acesso em: 30 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri". **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 6, n. 2, p. 1059-1078, 27 jun. 2020. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/388>. Acesso em: 29 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Helen Correa Solis; SOUSA, Carla Cristina de. O princípio da presunção de inocência na ótica do Habeas Corpus 126.292/STF. **Perquirere**, Patos de Minas, v. 14, n. 3, p. 222-239, 2017. Disponível em: <https://revistas.unipam.edu.br/index.php/perquirere/issue/view/111/Revista%20Perquirere%20vol.%2014%2C%20n.%203%2C%20set.dez.%202017>. Acesso em: 28 set. 2020.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020a.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020b.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 15 out. 2020.
- PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RI JUNIOR, Arno dal; GOUVEIA, Kristal Moreira. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no código rocco (1930). **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.L.], v. 40, n. 81, p. 226-250, 12 jun. 2019. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2019v40n81p226>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2019v40n81p226>. Acesso em: 01 set. 2020.
- RODRIGUES, Paulo Gustavo. Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 6, n. 2, p. 873-910, 27 jun. 2020. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.301>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/301>. Acesso em: 28 set. 2020.
- SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **A defesa social, as escolas penais e as relações de poder no sistema punitivo**. Curitiba: Funjab, 2013. **XXII Encontro Nacional do CONPEDI: “25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República”**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=15>. Acesso em: 30 set. 2020.

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APLICADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA À
LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS

SANTOS, Lucas Peres dos. **Presunção de inocência versus execução provisória da pena:** considerações sobre o julgamento do HC n. 126.296/SP e das ADCS n. 43 e 44. 2017. 68 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/24503/1/Projeto%20de%20monografia%20-%20Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia%20vs.%20execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20da%20pena%20-%20terminar.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **História do tribunal do júri: origem e evolução no sistema penal brasileiro.** 2005. Trabalho elaborado para o II Concurso de Monografia realizado pelo Museu da Justiça. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6373b58b-39ec-4648-8fed-837e155b76ff&groupId=10136. Acesso em: 03 out. 2020.

TACHY, Mayara. 1 Vídeo (3h e 31 min). Carreiras Jurídicas. **Publicado pelo Canal UNIPAM**, 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XN4roxfEZMI&ab_channel=CanalUNIPAM. Acesso em: 18/9/2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Direito ao recurso no processo penal.** São Paulo: RT, 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Sociologia do Direito e do Estado:** noções fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2016.

O encarceramento das transgêneros: um debate constitucional acerca da proteção e tratamento das mulheres trans e travestis nos ambientes prisionais

Transgender incarceration: a constitutional debate on the protection and treatment of transgender women and transvestites in prison environments.

Victor Silva Garcia Soares

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: victorsgs@unipam.edu.br

Resumo: É notória, no contexto social brasileiro, a ineficácia dos direitos fundamentais da minoria composta pelas mulheres trans e travestis. A produção em comento propõe um debate acerca da possibilidade de aplicação de políticas de tratamento diferenciado a transgêneros nas cadeias, com respaldo no arcabouço de proteções e garantias constitucionalmente protegidas. Toda a construção se sustenta em dados demonstrativos do quadro situacional das prisões brasileiras, no que tange ao aprisionamento de mulheres trans e travestis. Isto alicerça a discussão entre vertentes sobre a possibilidade ou impossibilidade de aplicação de tais regimes de tratamento às transgêneros, assim como propõe um norte para a dúvida de qual seria a melhor forma de encarcerar a minoria a que se refere. Lança-se mão de todo conteúdo humanístico de conquistas de direitos no qual está inserida a Constituição Cidadã de 1988, como forma de solucionar as questões que permeiam o encarceramento de travestis e de mulheres trans, já que a discriminação contra estas pessoas é agravada nos ambientes de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Encarceramento. Mulheres trans e travestis. Tratamento diferenciado. Constituição Federal de 1988.

Abstract: In the Brazilian social context, the ineffectiveness of the fundamental rights of the minority made up of trans and transvestite women is notorious. The production in question proposes a debate about the possibility of applying different treatment policies to transgender people in the prisons, supported by the framework of protections and constitutionally protected guarantees. The entire construction is based on data demonstrating the situational picture of Brazilian prisons, with regard to the imprisonment of trans and transvestite women. This underpins the discussion between strands on the possibility or impossibility of applying such treatment regimes to transgender people, as well as proposing a direction for the doubt on what would be the best way to imprison the minority to which it refers. All humanistic content of rights conquests in which the 1988 Citizen Constitution is inserted is used, as a way to solve the issues that permeate the incarceration of transvestites and trans women, since the discrimination against these people is aggravated in the environments of serving a custodial sentence.

Keywords: Imprisonment. Transsexual women and transvetite. Differential treatment. Constituion of 1988.

1 Considerações iniciais

A Constituição Cidadã representa uma significativa conquista da democracia brasileira, uma vez conhecido o seu olhar de humanidade e respeito aos direitos fundamentais do ser humano. Isto ainda se mostra mais preponderante quando se vislumbra um cenário político-social de violação às condições mínimas essenciais para ser um humano, o que remonta à urgência de uma intervenção estatal na busca de fazer valer o contrato social, em que o Estado é parte garantidora da efetividade dos direitos de toda a sociedade à qual responde. Nesse âmbito, surge a luta das minorias sociais pela eficácia de suas garantias fundamentais.

A presente produção debruçará seus estudos sobre a minoria representada pela comunidade LGBT+, em específico sobre a condição das mulheres trans e travestis nas penitenciárias brasileiras, conhecida a inquestionável violência e marginalização sofrida por essas pessoas no contexto social atual, sobretudo nas prisões. A discussão se formará no seguinte problema de pesquisa: é possível um tratamento diferenciado às mulheres trans e travestis nas penitenciárias, com respaldo ao texto legal e ideológico da Constituição Federal de 1988? E qual é a forma de tratamento que mais coaduna com os mandamentos constitucionais?

Faz-se assim necessário definir o que é uma mulher trans e o que é travesti, como forma de delimitar os grupos que serão estudados pela produção em comento. Segundo o documento técnico contendo o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBTs nas prisões do Brasil, produzido em 2019, mulher trans é uma pessoa do gênero feminino, embora tenha sido designada como pertencente ao sexo/gênero masculino ao nascer. Lança mão de hormonioterapias e cirurgias plásticas para feminilização física. A presente produção irá realizar distinções entre mulheres trans e travestis, uma vez que os grupos que militam pela efetivação dos direitos das travestis admitem como definição de gênero dessas pessoas aqueles indivíduos que se enxergam entre a divisão binária do que é ser homem e do que é ser mulher, não integrando nenhum dos dois gêneros.

Para solucionar o questionamento da pesquisa, lançar-se-á mão de relatórios oficiais de comissões destinadas à apuração de dados acerca da situação dos LGBTs nas prisões brasileiras. De maneira semelhante, será utilizada produção legislativa e posicionamentos ideológicos importantes para a solução da dúvida à qual se propõe a obra. Isto permitirá a projeção do arcabouço atual de proteções que as mulheres trans possuem no sistema prisional, assim como a preparação do campo de debate para à análise constitucional acerca da temática.

Com o escopo de concretizar os objetivos da produção em comento, explicitados anteriormente, a pesquisa se respaldará na utilização do método dedutivo bibliográfico e documental, sendo realizadas análises acerca de produções que envolvam a possibilidade constitucional de um tratamento diferenciado às transgêneros nos ambientes prisionais, ou que ofereçam dados relevantes à discussão do tema.

A obra se preocupa, basicamente, em dar voz às mulheres transgêneros e travestis, para que todo o imaginário social de negatividade e de falta de conhecimento envolvendo a transexualidade seja esclarecido. Isto aproxima à nação brasileira a

consecução de seus objetivos, sobretudo, na busca pela erradicação da marginalização e desigualdade social, assim como na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mesmo sendo possível evidenciar produções legislativas acerca da criação e expansão de direitos à população trans nas penitenciárias e majoritariedade do posicionamento favorável ao tratamento divergente, a solução para questão se encontra ainda em estado rudimentar. Necessita-se de profundas discussões para delimitar, de forma mais exata e concernente à realidade trans, como se deve proceder ao encarceramento das mulheres transgêneros e travestis.

Toda discussão que será suscitada, como já dito, é meio fundamental para se alcançar a pacificação social, assim como uma forma de se estar mais próximo da solução da crise carcerária brasileira. Isto remonta a necessidade da intervenção jurídica para que a pátria brasileira cumpra com justiça e efetividade os mandamentos constitucionais, sem distinções de sexo, etnia, cor, raça e gênero.

2 Dados acerca do encarceramento das mulheres trans e travestis

A busca pela efetivação dos direitos das mulheres trans e travestis mostra-se fundamentada nos dados que envolvem a violação da intimidade, da liberdade e da vida desta minoria. Sabe-se que o Brasil lidera o ranking mundial de países que mais matam transexuais e travestis no mundo. Mesmo sendo um dado que pode possuir muitas variantes, é alarmante evidenciar isto perante os avanços de garantias e direitos já alcançados pela pátria. Segundo estudo do ano de 2019 da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra):

No ano de 2019, foram confirmadas informações de 124 Assassinatos de pessoas Trans, sendo 121 Travestis e Mulheres Transexuais e 3 Homens Trans. Destes, encontramos notícias de que apenas 11 casos tiveram os suspeitos identificados, o que representa 8% dos dados, e que apenas 7% estão presos. (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2019, s. p.)

Tal fato só aguça a gravidade do quadro social no qual as mulheres trans e travestis estão inseridas, sendo tal situação mais gravosa nos ambientes prisionais. Isto se observa pelo significado coercitivo do aprisionamento, o que reflete diretamente sobre as condições físicas e mentais dos apenados encarcerados.

Por advir de conceitos arraigados na formação sexual da sociedade em geral, o preconceito também se mostra presente nos ambientes prisionais, ainda de forma mais danosa no que tange aos tabus e conceitos retrógrafos que permeiam a masculinidade. Isto é, sem dúvidas, um fator que contribui para conflitos identitários provocados em mulheres trans e travestis encarceradas em prisões masculinas, uma vez conhecido o imperativo social sobre a forma como um indivíduo do sexo masculino deve se portar.

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

Todo o conceito que envolve a performatividade¹ das mulheres trans e travesti gera as constantes violências sofridas por essas pessoas, sendo necessário demonstrar dados e fatos concretos acerca da discriminação sofrida pelas transgêneros nas prisões, para sustentação e formação da discussão a que se propõe.

Foi realizado no ano de 2019 pelo Departamento de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (DPLGBT) um estudo acerca do quadro situacional da população LGBT nas instituições carcerárias, sendo tal pesquisa realizada por meio de questionário enviado a todas as prisões brasileiras. O intuito principal do documento pode ser entendido por meio do seguinte excerto:

Esta consultoria visa à produção de dados qualificados sobre o tratamento penal de LGBT em níveis macro e micro. Por um lado, em face da vulnerabilidade estrutural a que pessoas LGBT estão submetidas nas prisões, é imprescindível a criação de um conjunto de protocolos e metodologias que orientem práticas institucionais na direção da identificação, operacionalização e respeito às demandas específicas dessa população em todo o Brasil. Por outro, é necessário levar em consideração as especificidades de cada estado e região na produção desse tipo de protocolo a fim de potencializar a atenção e atendimento às demandas locais. Embora apresentem semelhanças generalizáveis, a experiência dos LGBT quanto ao encarceramento em um estado do nordeste não é exatamente a mesma quando comparada a um estado do sul do país, por exemplo. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 13).

Fica perceptível que a problemática envolvendo o encarceramento de LGBTs, principalmente das mulheres trans e travesti, não deve se respaldar somente em uma análise de proteções no âmbito federal, mas também em um contexto regional, já que as orientações específicas de como se deve proceder ao encarceramento em cada estado da federação provém de produção legislativa estadual².

Em um contexto macro, o estudo aponta como participantes da pesquisa 508 unidades prisionais brasileiras de um total de 1499. Isto já se mostra como um empecilho à busca do devido apuramento da situação geral das mulheres trans e travestis encarceradas, e a concomitante busca por uma solução (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 16).

Dentre as instituições prisionais respondentes, apenas 106 prisões possuem alas/celas destinadas ao aprisionamento de LGBTs. Levando-se em consideração a infraestrutura das cadeias de todas as cinco regiões brasileiras, a Região Sudeste é a que

¹ A performatividade deve ser compreendida não como um ato singular ou deliberado, mas, ao invés disso, como a prática reiterativa e situacional pela qual o discurso produz os discursos que ele nomeia. [...] as normas regulatórias do sexo trabalham de uma forma performativa para constituir a materialidade dos corpos e, mais especificamente, para materializar a diferença sexual a serviço da consolidação do imperativo heterossexual. (BUTLER, 2003, p. 154-156).

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988, s. p).

mais possui repartimentos de alojamento prisional destinado a esse público. A ausência de infraestrutura e de recursos é a justificativa da maioria das prisões para que não possuam tais celas/alas para o tratamento específico (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 17).

Somado a isto, há constatação de que a autodeclaração de um apenado como um LGBT pode significar sua sentença de morte. Assim, a pesquisa aponta 41,7% das prisões como não concordantes com a criação de celas/alas destinadas a essa minoria. Tal dado se sustenta no entendimento de que essa iniciativa não seria suficiente para anular as violações sofridas por esse público (mesmo se mostrando uma medida imediata eficaz), assim como por não possuírem capacidade para proteger apenados gays, lésbicas, trans e travestis, das violências por parte dos outros detentos. Da mesma forma como evidenciada a dificuldade da devida apuração quantitativa de LGBTs em alguns Estados, certas prisões informaram não possuírem nenhum integrante dessa minoria, o que também inviabiliza a aplicação de regime de tratamento diferenciado a essas pessoas (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 19). Nesse sentido, postula o estudo sobre a dificuldade do aferimento da real situação:

Diferente de outros marcadores, indicar abertamente ser gay, por exemplo, pode conferir risco ao custodiado, uma vez que a população LGBT é constantemente alvo de violência desferida por outros presos. Não espanta que, no contexto de uma unidade prisional que não pode garantir a proteção dessa população, o quantitativo de LGBT estará subnotificado. Portanto, o levantamento do quantitativo de pessoas LGBT produz um dado fundamentalmente enviesado. Mesmo que os dados quantitativos sejam indicativos da situação dessa população nas prisões, é preciso levar em consideração a supernotificação no contexto da região sudeste e subnotificação no contexto da região norte. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 19)

A pesquisa também aguça seus estudos para a solidão da mulher trans e de travestis encarceradas, uma vez que são as que mais sofrem com o abandono familiar. Segundo a consultoria, apenas 40% de LGBTs possuem visitas cadastradas. Porém, esse percentual não indica o número de visitas que realmente ocorrem, sendo essa quantidade bem inferior no que tange às trans e travestis. Tal fator é o que leva vários LGBTs a barganharem serviços sexuais ou sua força de trabalho (lavar roupas e higienizar celas), em troca de produtos e insumos externos, fornecidos pelos familiares de outros detentos ou pelo tráfico, assim como se mostra uma forma de distração de desejos e da necessidade de afetividade (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 23).

Concluídas as observações preponderantes no contexto macro do encarceramento de trans e travestis, faz-se necessária a coleta de informações acerca do quadro situacional das cinco regiões brasileiras, uma vez já demonstrada a necessidade de se observar o tema através de um âmbito microrregional. O grupo técnico responsável pela consultoria visitou penitenciárias de todos os estados da federação e, ao fim,

elaborou um panorama geral de cada região, sendo esse conteúdo utilizado neste momento.

Inicialmente, relata-se a situação das Regiões Sul e Centro Oeste, sendo possível constatar o acatamento de políticas de tratamento aos LGBTs na maioria das penitenciárias visitadas. Porém, por meio dos relatos acerca da passagem desses indivíduos pelas instituições de cumprimento de pena privativa de liberdade, ficou constatado que ainda há grande defasagem de tratamento entre as prisões, sendo que umas respeitam as condições sociais, sexuais e ideológicas dos LGBTs, e outras simplesmente seguem o caráter cisnormativo (se orientando pelo órgão genital de nascença). (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 49-50).

A falta de consideração para com o acatamento do nome social de trans e travestis, por exemplo, é gerada pelo despreparo técnico da maioria dos agentes e coordenadores penitenciários, o que, de certa forma, dificulta a busca pela diminuição dos casos de discriminação dentro das penitenciárias masculinas. É possível observar tal situação, por meio de parte de um relato de uma travesti aprisionada em uma penitenciária do estado de Goiás:

Meu cabelo não foi cortado, ele foi mutilado. Eu tinha o cabelo na cintura e chegou uma portaria, não sei de onde, que mandou que cortasse o cabelo de todo mundo. Não só meu como das outras meninas e dos outros presos. Fomos forçadas a cortar o cabelo. Estamos lutando por isso com o diretor porque já veio uma conversa pra que a gente corte o cabelo de novo. Estamos tentando conversar com ele pra ver se ele deixa o nosso cabelo crescer porque querendo ou não a nossa aparência é feminina. Deixando o cabelo curto parece que eles querem nos obrigar a ser homem, mas nós não somos homens. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 45)

Há ainda a dificuldade de lidar com a “lei” das facções criminosas, que imperam em muitos presídios brasileiros. Isto faz com que muitos homens cisnormativo e héteros venham a manter relações afetivas com trans e travestis, para conseguirem migrar para as celas/alas específicas ao público LGBT, como forma de fugirem da superlotação, assim como de também suprirem certa carência afetiva. Isto acaba por gerar também a inflação das alas específicas à comunidade em comento, já que as facções não aceitam o retorno desses detentos para as celas normais.

A maioria das prisões que não possuem alojamento destinado ao público LGBT nessas regiões lança mão do argumento já mencionado: não possuem infraestrutura e recursos suficientes para a reserva de uma ala específica a esses indivíduos. Isto é agravado com a pressão das facções criminosas que inviabilizam a criação de celas destinada a essa comunidade, com a alegação de não solucionar a superlotação sofrida por todos os detentos, assim como pelo contexto ideológico dessas organizações, que condenam qualquer prática que envolva a homossexualidade e a transexualidade. A falta de comunicação entre os Estados acerca de como se deve proceder ao encarceramento dos LGBTs também é um entrave para que a questão seja solucionada.

O nordeste brasileiro também possui uma situação parecida com a observada nas Regiões Sul e Centro Oeste, porém se percebe uma lenta evolução na adesão a políticas de tratamento aos LGBTs. É possível observar ainda um menor número de penitenciárias com alas/celas destinadas ao público em comento; sendo os constantes conflitos entre facções criminosas um considerável empecilho na instalação de políticas de tratamento diferenciado à minoria estudada (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 79-80). Dessa forma, relata uma travesti encarcerada em uma prisão do Pernambuco:

No [nome da unidade omitida] teve uma rebelião em 2015. 3 dias de rebelião. Aí um dos caras deu um pau em mim, me drogaram, me deram vários remédios. Daí eu fiquei na mão deles, eu fiquei refém deles. Aí eu conhecia muita gente e muito homem. E lá na cadeia, numa rebelião a gente, os presos LGBT, somos os mais destacados. Eles aproveitam casos assim para fazer e acontecer. Eles sempre querem dar um pau na gente, mas nesses momentos eles tem a oportunidade. Inclusive nesse dia eu tava no pátio, estava de costas, quando eu menos esperei me veio uma garrotada e mais nada. Aí eles me deram vários comprimidos e eu não tinha mais noção da situação. Eu só me dei de mim quando puxaram pra cortar meu cabelo. Meu cabelo era maior que esse, aí eles cortaram. Eu só senti aquele negócio da faca “rrreeeeeco”. Foi aí que eu vi o que estava acontecendo. Daí me tiraram de lá, mas não levaram pro hospital nem nada. Eles sabiam que era um caso que ia dar muita polêmica. Abafaram, não me levaram para o hospital, não fizeram suturas no meu braço nem nada. LGBT, na rebelião, são o alvo. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 63)

Isto, além de aumentar os casos de violência nas prisões nordestinas, faz com que muitos outros casos de violência sejam subnotificados, pelo temor de muitos LGBTs em sofrerem ainda mais repressão. O quadro ainda se agrava por perceber nesse cenário uma menor quantidade de profissionais capacitados para lidar com as questões que permeiam a identidade de gênero de trans e travestis.

Mesmo havendo convergências entre os quadros situacionais da Região Nordeste e da Região Norte, sem sombra de dúvidas, o Norte do Brasil é onde se vislumbra o maior índice de discriminação ao público LGBT nas prisões. Segundo a consultoria, somente algumas penitenciárias do Estado do Pará levam em consideração o gênero e a sexualidade dos apenados, o que já demonstra o quão é inviabilizada e dificultada à aplicação de políticas de tratamento divergente a LGBTs encarcerados (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 120-121).

A situação das instituições carcerárias do norte do país é desumana perante os diversos relatos de trans e travestis que tiveram até mesmo que abandonar seus nomes sociais para evitar o aumento da violência e represália sofrida. As administrações dessas prisões, geralmente, apontavam somente um LGBT para a entrevista técnica, já que as políticas de encarceramento dos estados dessa região seguem piamente um caráter cisnormativo como critério para o aprisionamento dos detentos. É possível constatar a

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

barbárie evidenciada nessas instituições, no relato de uma travesti presa no estado de Rondônia:

Eu apanhei, quebraram esses meus dois dedos porque eu não queria lavar roupa pra eles. Então aí, se junta mais de um e a gente não tem muito o que fazer, porque daí que eles venham ouvir o que a gente tem a dizer, a gente já foi estuprado, a gente já apanhou. A gente não pode falar. Tem agente que manda a gente resolver aqui. A gente não aguenta mais. A gente já está pagando a nossa pena. A gente não merece isso. Eu já fui estuprada. Falei pra minha mãe e ela ficou desesperada. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 115)

Ainda neste âmbito, é possível observar o terror de uma travesti ao relatar ao entrevistador sua situação:

Quando eu cheguei na cela, eles chegaram pra mim e falaram que pra ficar ali eu tinha que esconder droga dentro de mim. Na hora eu disse que não ia fazer isso e ficou por isso mesmo. Quando foi na primeira visita, minha mãe veio me visitar. Quando eu olhei pra ela eu levei um susto porque a cara dela tava toda quebrada. Foi horrível! Eu perguntei pra ela o que tinha acontecido, mas eu já sabia o que tinha acontecido. Ela disse que pegaram ela na rua e bateram nela e falaram pra ela que eu tinha que esconder a droga. Quando eu voltei pra cela eu fui lá e disse que ia esconder a droga. Pouco tempo depois teve uma revista na cela e eles foram direto em mim. Quando me revistaram mandaram eu agachar e viram que eu tava com a droga. Eu já era pra ter saído daqui. Eu sou primário e fui presa porque eu roubei um cliente. Já era pra eu ter saído daqui. Agora que me pegaram com droga eu peguei uma pena maior e vou ficar uns bons anos. Os agentes aqui não querem saber da gente. A gente é bicho pra eles. Nem adianta falar nada que eles não vai acreditar na gente. Aí eu fico naquela, se eu não escondo droga eles matam a minha mãe, se eu escondo a droga eu fico aqui pro resto da minha vida. (Ela disse com raiva). **Você disse que é o especialista, me diga como eu resolvo isso. Me diga, você não é o especialista!?** (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 114).

Conhecido o quão alarmante é a necessidade de uma solução para as prisões do Norte do Brasil, parte-se para a análise do quadro situacional da Região Sudeste, que se mostra diferente das demais regiões, uma vez que o contingente de detentos ligados a facções criminosas influencia consideravelmente na administração das prisões do Sudeste brasileiro, e concomitantemente ao tratamento que o público LGBT recebe (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 100-101).

É observado que grande parte das penitenciárias da Região Sudeste toma os devidos cuidados ao separar detentos integrantes do PCC e do Comando Vermelho (duas grandes organizações criminosas brasileiras) de apenados informantes da polícia,

ex-faccionados, ex-agentes penitenciários ou ex-policiais, os condenados por crimes sexuais e os LGBTs, o que cria uma espécie de prisão mista. Assim, durante as visitas técnicas a essas instituições, todos os apenados entrevistados não demonstraram interesse nas políticas de criação de celas/alas específicas ao público LGBT, uma vez que a separação realizada por essas instituições já reduz drasticamente os casos de violência sofridos por essa minoria. Isto é confirmado por um agente da Penitenciária Semiaberta de Vila Velha no Espírito Santo, que afirma:

O Estado do Espírito Santo tem uma unidade específica para crimes sexuais. Geralmente quando os presos vem dessa unidade, eu sei que elas são crimes sexuais ou homossexuais. Eu tenho o presídio de segurança média que também tem espaço para esse público. Mas quando o interno chega ele é triado, ou seja, é conferido os dados pessoais dele. Normalmente esse interno fala “inspetor, eu sou homossexual”. Esse cara nem fica na triagem com os outros presos, ele já vai direto para a galeria de seguro. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 83)

Percebem-se ainda produções legislativas em alguns estados da Região Sudeste, que orientam a forma como se deve proceder ao encarceramento dos LGBTs, porém, na maioria das vezes, são inviáveis ou não geram qualquer tipo de penalização, caso não sejam cumpridas. Isto gera a insegurança de que, com a inserção de detentos LGBTs em prisões mistas, o problema deixa de ser a violência sofrida por outros detentos e passa a ser a discriminação advinda dos próprios agentes penitenciários, o que dificulta o apuramento e a devida penalização de casos de violência sofrida por essa minoria encarcerada.

Como observado durante a exposição da situação macro e micro dos LGBTs nas prisões, assim como de trans e travestis, esse público, mesmo nos casos em que há alas/celas específicas para o seu aprisionamento, se mostra vulnerável perante as falhas das políticas de tratamento e diante da falta de infraestrutura das penitenciárias brasileiras, o que divide opiniões acerca de como deve se proceder ao encarceramento de trans e travestis, já que tal assunto é palco de grandes divergências.

3 Vertentes acerca da aplicação das políticas de tratamento diferenciado às mulheres trans e travestis

Coletados os dados acerca do quadro situacional das mulheres trans e travestis nas penitenciárias brasileiras, a pesquisa direciona-se para o campo de debate sobre a possibilidade do tratamento divergente a essa minoria na prisão. Isto leva à materialização de teorias e ideologias conflitantes, que auxiliarão na formação da discussão, indispensável para estruturação da problemática a que se propõe solucionar.

Percebeu-se, durante a explanação do quadro situacional de encarceramento de mulheres trans e travestis, que existe pouca divergência no que tange ao acatamento de políticas de tratamento diferenciado às transgêneros nas prisões. Ficou exposto que

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

aqueles que se mostravam não favoráveis alegavam que o aferimento de tais políticas não solucionaria a superlotação carcerária brasileira, o que se soma à ausência de infraestrutura para integração desses programas. Da mesma forma apontam para os conflitos e influências de facções criminosas sobre as prisões brasileiras, que corroboram a perpetuação do quadro discriminatório observado. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 19-21).

Por outro lado, com vistas a erradicar as constantes violências físicas e mentais sofridas pelas mulheres trans e travestis por sua identidade de gênero, posiciona-se a maioria das penitenciárias brasileiras a favor da incorporação de regimes de tratamento diferenciado à comunidade LGBT nas prisões. Porém, são também observadas consideráveis divergências entre adeptos desse posicionamento, uma vez que ainda não há consenso de como se deve proceder a tal tratamento, de forma que se assegure ao máximo a dignidade das pessoas transgêneros ao passarem pelo sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Durante o desenrolar da pesquisa, foi observado que as mencionadas divergências de pensamento existem até mesmo em meio às mulheres trans e travestis, já que a vivência no sistema prisional é um fator preponderante para dividir opiniões entre essas pessoas. Grupos, departamentos e comunidades destinadas ao estudo da transexualidade, que não possuem um histórico de dedicação ao apuramento do quadro situacional de encarceramento de trans e travestis, manifestam-se favoráveis à transferência desses indivíduos para as penitenciárias femininas (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 12-13).

Para esses grupos, a prisão não deve seguir um padrão cisnormativo/genitalista como critério para o alojamento dos presos, e sim a autodeclaração como maneira de tornar menos moralmente degradante a passagem das transgêneros pelo encarceramento. Nesse sentido, entendeu o ministro Luís Roberto Barroso, em sede do HC 152491 / SP, ao decidir pela transferência de duas travestis para penitenciárias femininas.

O pedido de Habeas Corpus foi impetrado por se perceber um quadro de violência sofrido por ambas as travestis na cela/ala masculina em que estavam encarceradas. Mesmo não havendo a concessão do pedido principal, o ministro entendeu como viável a transferência das travestis para uma penitenciária feminina, justificando que a prisão na qual as travestis estavam não coadunava com a orientação sexual de ambas. Nesse sentido, extrai-se parte da decisão:

Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo. (BRASIL, 2018, p. 5)

Percebe-se que, mesmo que o motivo utilizado como justificativa pelo ministro seja errôneo, por não se tratar de questão concernente à orientação sexual e sim à

identidade de gênero³, ele segue a tendência manifesta pelos grupos que optam pela alocação das mulheres trans e travestis em penitenciárias femininas. Apesar disso, esse pensamento não se mostra majoritário, uma vez que não se atenta satisfatoriamente para a vivência contra essas pessoas na prisão, assim como é divergente ao que postula a Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014.

Sabe-se que a mencionada Resolução faz distinções entre mulheres trans e travestis⁴, optando por alocar as primeiras em prisões femininas, e as segundas em celas/alas especiais em prisões masculinas. Este é um ponto de muitas controvérsias, pois até mesmo o Supremo Tribunal Federal não seguiu fielmente o que dispõe a Resolução, ao alojar travestis em penitenciárias femininas.

Além do mais, há um pedido do Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT (CNCND/LGBT), para que seja realizada a atualização da Resolução que orienta sobre o tratamento penal de LGBTs nas prisões brasileiras, uma vez que faz distinções muito superficiais no que tange a mulheres trans e a travestis, ao diferenciá-las somente pelo quanto de afeição possuem por sua genitália de nascença. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 11).

Outro ponto de vista é o manifesto por comunidades e grupos que acompanham de perto a vivência das transexuais encarceradas. Estes entendem que devem ser criadas alas/celas específicas aos encarcerados LGBTs, uma vez que não são somente as pessoas trans que sofrem violência nesses ambientes, mas também aqueles que são gays ou que mantêm relacionamento homoafetivo.

Essa violência existe nas penitenciárias masculinas e advém, como já mencionado anteriormente, de pensamentos machistas da forma estereotipada de como um indivíduo do sexo masculino deve se portar. Como há divergências no conceito entre homens gays e mulheres trans e travestis, não há como alocar homens *cis* (indivíduo do sexo masculino que se identifica como homem) em penitenciárias femininas, assim não sendo possível resolver a problemática do encarceramento de LGBTs por completo (RESOLUÇÃO CONJUNTA nº 1, 2014, s. p).

Além disso, são perceptíveis os efeitos da marginalização e exclusão social sofrida pelas pessoas trans encarceradas. Isto é possível observar através da ausência de apoio familiar e afetivo às mulheres trans e travestis, que se mostram vulnerabilizadas pelo preconceito e pela privação da liberdade. Através disso, várias transgêneros passam

³ Segundo a Teoria Queer, os estudos sobre a orientação sexual (o próprio estudo Queer) se diferenciam dos estudos de gênero, vistos como indelevelmente marcados pelo pressuposto heterossexista da continuidade entre sexo, gênero, desejo e práticas, tanto quanto dos estudos gays e lésbicos, comprometidos com o foco nas minorias sexuais e os interesses a eles associados. Cada uma dessas linhas de estudo tomaria, como ponto de partida, binarismos (masculino/feminino, heterossexual/homossexual) que, na perspectiva Queer, deveriam ser submetidos a uma desconstrução crítica. Queer desafiaria, assim, o próprio regime da sexualidade, ou seja, os conhecimentos que constroem os sujeitos como sexuados e marcados pelo gênero, e que assumem a heterossexualidade ou a homossexualidade como categorias que definiriam a verdade sobre eles. (MISKOLCI, 2007, p. 10-11).

⁴ Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico. (RESOLUÇÃO CONJUNTA nº1/2014, s. p). Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico. (RESOLUÇÃO CONJUNTA nº1/2014, s. p).

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

a manter relacionamentos afetivos com detentos, como forma de suprir a carência afetiva advinda da inferiorização social da transexualidade.

É nesse sentido que surge a figura dos “maridos”, que são homens que mantêm relação com mulheres trans e travestis, mas que não assumem aos outros detentos, temendo a retaliação. Dessa maneira, confirma o excerto:

As travestis, os gays e seus maridos compõem um grupo aparentemente heterogêneo, mas que compartilham um elemento que produz certo efeito de coalizão, talvez até uma solidariedade identitária. São unidos pela pressuposição de coerência entre a substância de suas práticas não-normativas, mesmo que de diferentes ordens, e a constante situação de risco, a possibilidade eminente de serem vítimas de violência. São agentes de uma discursividade que os produz ao mesmo tempo em que é produzida. [...] Ao transitar pelos corredores do PCPA (Presídio Central de Porto Alegre) os outros fragmentos identitários que os constituem enquanto sujeitos são estrategicamente esquecidos. São unificados. Todos são chamados pelo mesmo nome. Todos são bichas. (PASSOS, 2014, p. 77)

Isto produz a reflexão sobre a questão da compulsoriedade da transferência das mulheres trans e travestis para penitenciárias femininas, uma vez que seria inviável o deslocamento de transexuais que mantêm relacionamento afetivo com detentos em prisões masculinas e optam por continuar cumprindo suas penas nessas cadeias. Tal fator fortalece a ideia de se criar alas/celas específicas a LGBTs, uma vez que ouvir a mulher trans ou a travesti sobre como ela que ser tratada está diretamente ligado ao quadro comportamental dessa pessoa na prisão e com a saúde mental e física desse indivíduo (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 126).

Contudo, é perceptível atualmente no Brasil um quadro de crise carcerária, em que a maioria dos presídios brasileiros se encontra em situação de calamidade, sendo observada uma superlotação e condições precárias para a alocação dos presos. Isto se mostra como um empecilho à criação de alas e celas/específicas, uma vez que as penitenciárias não possuem recursos suficientes para prover um tratamento diferenciado às trans⁵.

Além disso, há também o envolvimento das mulheres trans e travestis com o tráfico de entorpecentes e eletrônicos. Na maioria das vezes, as pessoas transgêneros são obrigadas a participarem do transporte de drogas e celulares, sob pena de aumento da violência física e sexual. Este é um ponto que favorece a transferência da minoria em comento para as penitenciárias femininas, uma vez que é proibido o ingresso de LGBTs

5 Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), revelam que o número de presos no Brasil aumentou 168% de 2000 a 2014. O grande número de detentos – em dezembro de 2014, eram 622 mil – não foi suportado pelas prisões brasileiras, que, apesar de ter recebido mais vagas (triplicou no período 2000-2014, segundo a Rede Justiça Criminal), passou a operar em permanente superlotação. Hoje, o país teria capacidade de encarcerar apenas 371 mil pessoas – ou seja, há um déficit de 250 mil vagas. (BLUME, 2017, s. p).

na maioria das facções criminosas, tornando esses indivíduos alvo de manipulação dessas organizações⁶.

Todo esse quadro de violação sexual e física que envolve as trans ao tráfico nas prisões se dá pelo domínio das organizações criminosas sobre o sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido, apresenta-se uma síntese emblemática de um relato de uma travesti, que denota a situação majoritária dessas pessoas nas cadeias:

[...] os atos vão desde abuso sexual até a utilização de travestis e transexuais para o transporte de drogas e celulares, havendo relatos de fugas do regime semiaberto para terminar de cumprir a pena em regime mais gravoso, considerado pelas travestis mais seguro à sua sobrevivência. Além disso, entre as pessoas com quem dialogamos, houve indicação de três que gostariam de ser transferidas para outra penitenciária [...]. (COMISSÃO ESPECIAL PARA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA CONTRA LGBTs, 2019, p. 55)

Mesmo diante do embate demonstrado até o presente momento, as penitenciárias brasileiras ainda admitem um critério genitalista como forma de alocação de presos, não sendo levado em consideração o histórico social de vivência da pessoa trans, nem mesmo sua autodeclaração. Já existem previsões legais que garantem o direito de mudança do nome de nascimento das transexuais para o nome admitido socialmente, devendo o último ser utilizado como forma de reconhecimento dessas pessoas (RESOLUÇÃO CONJUNTA nº 1, 2014, s. p).

Como demonstrado pelos dados acerca da situação geral das transgêneros na prisão, existem ainda muitas penitenciárias masculinas que não possuem celas/alas específicas de alojamento às mulheres trans e travestis, mesmo já existindo lei que obrigue a sua criação. Isto, ao mesmo tempo em que remonta a majoritariedade de um dos posicionamentos, remonta à ineficácia das disposições legais já produzidas, o que aguça discussões mais profundas sobre o tema, necessitando-se de respaldo técnico das garantias constitucionalmente protegidas.

4 A ponderação das questões conforme a Constituição Federativa do Brasil de 1988

É posto que um dos objetivos da pátria manifesto na Constituição vigente é erradicar a discriminação assim como promover o bem de todos independentemente de quaisquer circunstâncias. Tais prerrogativas ocasionam a necessidade de se pensar a problemática advinda do encarceramento de mulheres trans e travestis em um prisma constitucional, uma vez que toda produção e atos legislativos, executivos e judiciários se

⁶ O PCC possui orientações próprias para regular relação de seus membros com a população LGBT. O que se observa nas prisões de São Paulo, onde essa facção exerce hegemonia, é que, apesar de não integrarem o grupo faccional, muitos LGBT conseguem negociar sua estadia nas casas de detenção, já que estão fora das disputas de poder entre facções rivais. (DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE LGBT, 2019, p. 13).

respaldam nos preceitos da Magna Carta. Neste sentido se esclarecerá qual das vertentes que dividem a temática, se mostra mais preponderante.

Infelizmente, como já relatado, evidencia-se, no contexto social brasileiro atual, uma crise carcerária percebida na superlotação dos presídios, assim como no domínio das facções criminosas sobre os ambientes penitenciários. Isto leva a entender a impossibilidade de aplicação das políticas de tratamento diferenciado às mulheres trans e travestis, percebida a ausência de infraestrutura para a aplicação desses modos de aprisionamento.

Tal fator inserido em um pensar constitucional pode ser analisado através do Princípio da Reserva do Possível, que se resume à não efetivação de algumas prerrogativas fundamentais aos aprisionados, por estar a concretização desses direitos subordinada à existência de recursos públicos disponíveis. Isto está diretamente ligado ao papel da lei orçamentária na organização política do Estado, uma vez que, no âmbito dessa teoria, seria essa legislação o limite jurídico do que o Estado pode dispor, não podendo o judiciário e o executivo exorbitarem os tetos máximos de prestação de bens e serviços suportados pela máquina pública (MARRATHMA, 2014, s. p).

Nesse ínterim, o atropelamento as prerrogativas do legislador orçamentário, por parte de outras funções estatais, configuraria uma afronta à separação de poderes, o que ameaçaria o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, postula o magistrado e jurista Ingo Sarlet sobre o explicitado:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais, mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET, 2003, p. 286)

Em contrapartida, é latente, no ordenamento político brasileiro, a figura do Mínimo Existencial, que se resume à obrigação irrenunciável do Estado em prover ao menos o mínimo de direitos fundamentais básicos à vida de cada cidadão (ISMAEL FILHO, 2016, s. p). Este é ponto de partida para análise da vertente favorável à adoção dos regimes de tratamento diferenciado às transgêneros aprisionadas, a qual, já se adianta, coaduna de forma mais satisfatória aos ditames constitucionais.

É importante destacar que a pena privativa de liberdade, como o próprio nome aduz, restringe o direito à liberdade, principalmente a de ir e vir. Porém, é posto pela

Constituição, assim como pelas leis infraconstitucionais⁷, que tal restrição não pode ser abrangida a ponto de ferir a integridade física e moral das mulheres trans e travestis, uma vez que a própria restrição da liberdade já se mostra exacerbadamente danosa ao ser humano psicossocial. Disto extrai-se a máxima de que a liberdade de expressão sexual e de gênero deve ser respeitada e efetiva no que tange às apenas transgêneros (MOTA, 2015, s. p).

A percepção da necessidade de efetivar os direitos de livre expressão de gênero e identidade sexual da população transgênero encarcerada é defendida com base na ideia de que os direitos constitucionalmente protegidos devem ser tratados de uma forma contramajoritária. Isto se expressa substancialmente na busca do intérprete e aplicador das garantias fundamentais, de tornar efetivos os mandamentos constitucionais em um âmbito minoritário. É a exata intenção de sopesar os anseios da maioria e minoria democrática, como forma de se verdadeiramente vislumbrar a democracia no mundo dos fatos (DALLAQUA; VINCI JÚNIOR, 2015, s. p).

Tal fator é um preponderante argumento que fundamenta a aplicação das políticas de tratamento diferenciado às travestis e mulheres trans aprisionadas, já que elas inserem uma classe social minoritária percebida em meio à ineficácia das normas garantidoras de direito. Isto afasta a ascensão tirânica dos anseios políticos majoritários, o que faz com que a pátria se aproxime cada vez mais da justiça e paz social. Já dizia Miguel Reale (2017), em seu livro “Filosofia do Direito”, a opinião da maioria não traduz a certeza ou a verdade no mundo das estimativas. Robert Alexy também faz ponderações que podem ser relacionadas ao assunto:

Mas o princípio democrático exige que o legislador decida exatamente sobre aquilo que importa. O fato de os direitos a prestações estarem ligados a questões importantes – o que, a propósito, não é negado nem mesmo por aqueles que rejeitam sua inserção dentre os direitos de nível constitucional – não é, portanto, uma razão suficiente para conferir a eles o nível de direitos fundamentais. A questão consiste em saber se e em que medida eles são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre eles não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. (ALEXY, 1986, p. 448)

Ainda a esse viés é possível amalgamar a Princípio da Aplicação Imediata dos Direitos Fundamentais, em um prisma de efetivação dos direitos da Constituição Federal de 1988, que se perfaz na eficácia direta, imediata e independente de legislação infraconstitucional, alcançando todos os direitos fundamentais. Mostra-se, como indispensável por não estabelecer ao futuro legislador ordinário (passível de erros e influências da maioria democrática), a prerrogativa de ser um intermediário entre direito

7 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988, s. p).

Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1984, s. p).

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

constitucional fundamental e a sua aplicação no caso concreto (DALLAQUA; VINCI JÚNIOR 2015, s. p). Também se faz válido apresentar parte do pensamento alexyano relacionado ao que se comenta:

Nesse sentido, há necessariamente uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Essa colisão não é alterada pela existência de uma série de direitos fundamentais (por exemplo: o direito de voto e a liberdade de expressão) que são exigências da própria democracia; isso apenas demonstra que o princípio democrático deve ser dividido em diversos subprincípios que podem colidir entre si, o que, cabe aqui mencionar, é a base teórico-normativa do assim chamado paradoxo da democracia, que se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia. A necessária colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não-reeleição – e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente. De forma precisa, Ely classificou a solução para esse problema de "tarefa traiçoeira". (ALEXY, 1986, p. 447)

Ainda neste sentido é possível relacionar os Princípios de Yogyakarta postulados por um Tratado Internacional realizado no ano de 2006, do qual o Brasil é signatário. Tais princípios positivam ser necessária a aplicação de medidas que não impliquem maior restrição dos direitos dos LGBTs, de forma que as penitenciárias lancem mão o máximo possível de regimes que fazem o cumprimento da pena restritiva de liberdade das transgêneros menos traumático. Nesse âmbito, entende o tratado:

Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral. (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS; SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 19)

É límpida a sobreposição da vertente favorável à aplicação das políticas de tratamento diferenciado às mulheres trans e travestis, uma vez que fica explícito que não há como negar a urgência de uma intervenção federal que postule e fiscalize formas atuais de aprisionamento das transgêneros, perante a exacerbada violência sofrida por

elas nas prisões. Além disso, não pode o intérprete, criador ou executor da lei justificar a inefetividade de um direito, com base na não concretização de outros, sob pena de banalização de todo o arcabouço de garantias e direitos conquistados e positivados pela Constituição Cidadã de 1988, assim como a observação de uma clara abstenção do Estado perante as mazelas sofridas pelo seu povo.

Nesse ínterim, cabe à produção em comento elencar qual é a melhor forma de aprisionamento das mulheres trans e travestis, levando em consideração a máxima proteção à integridade física e moral como forma de amenizar toda a marginalização e discriminação que permeia a transexualidade. Assim, faz-se necessário apresentar as produções jurídicas presentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema, que, somado aos relatos expostos anteriormente, possibilitarão o esclarecimento de qual política de tratamento se mostra mais viável ao encarceramento das transgêneros.

Como já mencionado anteriormente, a Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014 é, em nível federal, a legislação que verbaliza que as mulheres trans sejam encarceradas em penitenciárias femininas e as travestis em masculinas. Percebe-se que a Resolução em comento se mostra desatualizada, conhecida a superficialidade das definições apresentadas acerca do que se entende como mulher trans e como travesti. Isto remonta a necessidade de se pensar além, como forma de se vislumbrar qual forma de encarceramento é mais efetiva perante o arcabouço de proteções jurídicas constitucionais.

É sabido que se deve levar em consideração primeiramente o “lugar de fala”⁸ das mulheres trans e travestis encarceradas, já que a violência percebida cotidianamente nos ambientes prisionais é o fator que instiga o surgimento da dúvida sobre qual regime de tratamento é o mais adequado ao aprisionamento das transgêneros. Isto remonta para a vivência e a consciência de aprisionamento desses indivíduos, como sendo ponto de partida para efetivar tais políticas de encarceramento.

Dessa forma, conhecido o desejo majoritário de mulheres trans e travestis em permanecerem em prisões masculinas, devem as penitenciárias brasileiras optar por alocar essas apenas nas cadeias mencionadas, de forma que seja reservado espaço específico para o alojamento das transgêneros. Tal entendimento não coíbe e não prejudicaria a transferência de mulheres trans ou travestis para penitenciárias femininas, caso elas se manifestassem de forma preferencial, já que esse desejo se mostra minoritário entre essas apenas. Na hipotética situação de não adaptação das transgêneros à cadeia feminina, migrar-se-ia novamente tais indivíduos para as celas/alas LGBTs nas prisões masculinas, sob a pena de não poderem mais retornar ao ambiente prisional feminino.

8 Um xamã ou cacique, embora tenha um nome próprio, ao falar com os brancos fala de si como “índio” porque quer se fazer entender pelos não índios. Assim as mulheres e as feministas que já desconstruíram o natural, também falam de si com intenção política, e também didática, de fazer o outro entender. Foi a partir daí que se começou a sustentar a ideia de um lugar de fala atualmente em voga na vida contemporânea. Ora, uma característica de nossa época é a sustentação da singularidade, a forma subjetiva que expressa à existência de cada um como um ser de diferença. Por meio da singularidade fica claro que cada um quer conquistar um lugar. Esse lugar tornou-se, pela autoafirmação da singularidade que se expressa, um lugar de fala (TIBURI, 2017, s. p).

Questiona-se assim sobre a ausência de infraestrutura das cadeias brasileiras para aplicação de tais regimes de tratamento diferenciado, o que pode ser solucionado através do apontamento no âmbito executivo-administrativo estadual, de penitenciárias que possuem capacidade de garantir a manutenção de celas/alas destinadas ao público LGBTs e a subminoria em questão. Além disso, pode os Estados estimularem as famílias das mulheres trans e travestis apenas a realizarem visitas, de forma que se promova e facilite a ocorrência do contato familiar, com a intenção de diminuir os traumas discriminatórios e os advindos do próprio aprisionamento. Isto pode se configurar com a instigação de pessoas jurídicas privadas a investirem em programas governamentais que visem à diminuição dos quadros de discriminação e violência sofrida pelas transgêneros nas prisões.

Quanto à superlotação evidenciada em alas/celas LGBTs de penitenciárias que já iniciaram a integração das políticas de tratamento, mostra-se o quão imprescindível é a autodeclaração da orientação sexual e da identidade de gênero no momento da inserção dos apenados ao sistema prisional. Tal registro deve ser feito através de entrevista ao recém-apanado nas prisões onde se realizam as triagens, possuindo estas um caráter extremamente sigiloso. Dessa forma, aqueles que se autodeclararam como integrantes de quaisquer das siglas da comunidade LGBT+ já seriam alocados nos locais destinados ao aprisionamento dessa minoria.

De maneira semelhante ao aludido, deve-se orientar e educar os agentes penitenciários e toda a organização responsável pela manutenção e sustentação das cadeias brasileiras sobre como tratar a transexualidade na prisão, assim como solucionar todas as dúvidas desses funcionários acerca das definições e formas de tratamento pessoal às mulheres trans e travestis. Nesse sentido, postulam os Princípios de Yogyakarta, quando trata da detenção de LGBTs:

f) Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero; g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero. (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS; SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p.19)

É dever dos entes federados competentes legislar sobre a aplicação do regime de aprisionamento relatado como mais viável à situação atual das transgêneros nas prisões e fiscalizar, já que isto está diretamente ligado à eficácia normativa do postulado pela constituição vigente, que assegura o direito de o preso possuir sua integridade física e moral resguardada, assim como a garantia dos desiguais serem tratados na medida de suas desigualdades.

5 Considerações finais

Mesmo a produção não sendo de autoria de uma integrante da minoria social objeto da produção em comento, mostrou-se preponderante tal discussão no âmbito jurídico acadêmico, primeiramente por se perceber a ausência de representatividade trans nas escolas jurídicas, o que se mostra como uma contradição perante a momentânea, conveniente e passageira preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQ+. Assim como, que para a formação humanística do cientista e interprete das leis, é imprescindível que os juristas estejam alinhados com a razão constitucional de sempre primar pela busca da efetivação dos objetivos da pátria. O direito falha ao buscar justiça social, se não se atenta para as desigualdades e desmedidas que permeiam a pátria.

Dessa forma, percebe-se que, diante de todo o quadro situacional discriminatório sofrido pelas mulheres trans e travestis nas prisões brasileiras, é razoável a aplicação de políticas de tratamento diferenciado. Observou-se que a temática perpassa por vários conflitos ideológicos que envolvem divergências de posicionamentos até mesmo entre as próprias transgêneros. Isto só leva para conclusão de que não há como solucionar a problemática, se a solução não for analisada pelo crivo daquelas que passaram ou passam por situações discriminatórias nas cadeias masculinas brasileiras.

Assim, diante da prevalência do lugar de fala, mostrou-se mais adequada a aplicação da política de criação de alas/celas específicas ao público LGBTQ+, que incluem mulheres trans e travestis. Não há como desconsiderar, porém, a superlotação carcerária brasileira, que se observa mais agravada em certas regiões do país, assim como os eventuais problemas com as facções criminosas nas cadeias brasileiras. Para isso, é fundamental um estudo federal aprofundado da situação das prisões nacionais no que tange ao encarceramento de LGBTQ+, como forma de elucidar quais prisões têm capacidade para comportar a aplicação das políticas de tratamento diferenciado, assim como para instigar a propriedade privada a integrar a luta contra a desigualdade e discriminação sofrida pelas transgêneros nos institutos de prisão.

Em suma, percebe-se que a produção se inspira na inefetividade e na dificuldade de se discutir temas que envolvem a sexualidade e transexualidade nos âmbitos jurídicos, conhecidos os tabus, medos e (pré)conceitos que permeiam tais discussões. Devem os cidadãos desta pátria, principalmente os jurista brasileiros, entender a performance da sexualidade e da transexualidade na sociedade de forma racional, pautando-se na liberdade de se expressar de cada indivíduo, para que, final e realmente, seja o Brasil um país de todos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Alemanha: Suhrkamp Verlag. 1986. Disponível em: noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. **Dossiê: assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018**. Brasil: ANTRA/IBTE, 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BLUME, Bruno André. **4 causas para a crise do sistema prisional brasileiro**. Politize 31 de janeiro de 2017. Crise carcerária brasileira. Disponível em: www.politize.com.br/crise-do-sistema-prisional-brasileiro-causas/#:~:text=Dados%20do%20Levantamento%20Nacional%20de,168%25%20de%202000%20a%202014.&text=O%20Brasil%20tamb%C3%A9m%20est%C3%A1%20no,que%20o%20encarceramento%20tem%20ca%C3%ADdo. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 7209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 152.491**. Brasília, 14 de fevereiro de 2018. Relator: MIN. Roberto Barroso. Pacte. (s): Pedro Henrique Oliveira Polo. Impte.(s) :Victor Hugo Anuvale Rodrigues. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/processos/178923137/processo-n-152491-do-stf>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 03 maio 2021.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Rento Aguiar. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS – UNIPAM. **Manual para normatização de trabalhos acadêmico-científicos**. Centro Universitário de Patos de Minas. 6. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM. 2019.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta-Indonésia, 2006. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

DALLAQUA, Luciana Vieira; VINCI JÚNIOR, Wilson José. A função contramajoritária dos direitos fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de abril de 2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais. Acesso em: 05 out. 2020.

LGBTS, COMISSÃO ESPECIAL PARA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA CONTRA. **Relatório final da Comissão Especial Para Análise da Violência Contra a População LGBT**. Rio Grande do Sul, 2019. Estudo sobre as relações sociais da comunidade LGBT e a forma que são tratados nos diversos setores e instituições sociais. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/Downloads/Relat%C3%B3rio%20final%20Comiss%C3%A3o%20Especial%20LGBT.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

FAGUNDES, Jéssica Tavares. **Transgêneros no cárcere: a luta contra o preconceito no sistema prisional brasileiro**. Paraná: Editora Appris, 2020.

ISMAIL FILHO, Salomão. Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. **Revista Consultor Jurídico**, 5 dez. 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana. Acesso em: 06 out. 2020.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Atlas da violência 2019**. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

JACOB, Julieta. **18 textos essenciais para estudos e pesquisas sobre gênero e sexualidade**. 2016. Disponível em: www.geledes.org.br/18textos-essenciais-para-estudos-e-pesquisas-sobre-genero-e-sexualidade/. Acesso em: 22 abr. 2020.

KLÖCKNER, Conrado. **A superlotação carcerária e os dejetos humanos**: estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre. 123f. Trabalho de Conclusão de Curso (Faculdade de Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

LGBT, DEPARTAMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE. **LGBTS nas prisões**: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/Downloads/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso: 05 out. 2020.

O ENCARCERAMENTO DAS TRANSGÊNEROS: UM DEBATE CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROTEÇÃO E TRATAMENTO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS NOS AMBIENTES PRISIONAIS

LIMA, Nathalia Sartori; ALENCAR, Joaquim Carlos Klein de. Transgêneros no cárcere: da violência física para a simbólica. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, v. 7, 2018. Disponível em:

<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3108/2410>. Acesso em: 05 out. 2020.

LIMA, Renato Sérgio de; COSTA, Arthur Trindade. Segurança Pública. *In*: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, 630 p.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MARRATHMA, Mario. Teoria da reserva do possível. **Revista Jus Navigandi**, maio de 2014. Disponível em: jus.com.br/artigos/28313/teoria-da-reserva-do-possivel. Acesso em: 05 out. 2020.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a sociologia**: o desafio de uma analítica da normalização. Sociologias, Porto Alegre: PPGS-UFRGS, n. 21, 2009.

MOTA, Francisco Teixeira de. **A prisão e a liberdade de expressão**. 2015. Disponível em: www.publico.pt/2015/01/09/sociedade/opiniaio/a-prisao-e-a-liberdade-de-expressao-1681626. Acesso em: 05 out. 2020.

PASSOS, Amilton Gustavo da Silva. **Uma ala para travestis, gays e seus maridos**: pedagogias institucionais da sobrevivência no Presídio Central de Porto Alegre. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. Saraiva Educação AS. São Paulo, 2017, 710 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Bruno do Nascimento. **Instituições carcerárias**: uma análise acerca do encarceramento de transgêneros no atual cenário brasileiro. São Paulo, 2019.

Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/20095/BRUNO%20DO%20NASCIMENTO%20SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Acesso em: 05 out. 2020.

SPIGAROLI, Vanessa; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. A inclusão de travestis e transgêneros nas unidades prisionais do Estado de São Paulo. **Intertemas**, v. 38, n. 38. São Paulo, 2019. Disponível em:
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7872/67648589>. Acesso em: 03 mai. 2021.

TIBURI, Marcia. **Lugar de fala e lugar de dor**. São Paulo, 2017. Disponível em:
revistacult.uol.com.br/home/lugar-de-fala-e-etico-politica-da-luta/. Acesso em: 05 out. 2020.

O juiz das garantias e a (im)possibilidade de os autos da investigação criminal acompanharem a peça acusatória

The guarantee judge and the (im)possibility of the criminal investigation authors to accompany the accusatory piece

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Advogado e professor do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

Professor orientador.

E-mail: gabrielgcvm@unipam.edu.br

Gustavo Henrique Rodrigues Paranhos

Graduando de Direito Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: gustavahrp@unipam.edu.br

Resumo: A persecução penal subdivide-se nas fases investigativa e judicial, as quais representam um conjunto concatenado de atos realizados do cometimento da infração penal até a execução de eventual sanção penal aplicada. Nesse sentir, o advento da Lei nº 13.964/19, por meio da criação do Juiz das Garantias, suscitou uma discussão a respeito da possibilidade dos autos da investigação criminal continuarem acompanhando a denúncia (ou queixa-crime). Demais disso, com a vigência da novel legislação, três correntes doutrinárias dissonantes vêm debatendo, à luz do artigo 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, o futuro dos elementos informativos colhidos na fase investigativa. Dentro dessa problemática, a pesquisa científica aqui projetada, analisando a persecução penal brasileira, o inquérito policial, o juiz das garantias e o uso pelas partes dos elementos de informação existentes, tem o propósito de contribuir para a definição de qual será o destino das investigações criminais na dinâmica do processo penal brasileiro, ante o teor do dispositivo legal supramencionado. Assim sendo, tendo por base o método dedutivo e a pesquisa teórico-argumentativa, notadamente o viés doutrinário, o presente estudo se debruçará na elucidação dessa celeuma jurídica.

Palavras-chave: Persecução penal. Investigação criminal. Fase investigatória. Lei nº 13.964/2019. Juiz das garantias.

Abstract: Criminal prosecution is subdivided into the investigative and judicial phases, as which represent a concatenated set of acts carried out from the commission of the criminal offense until an execution of a possible criminal sanction applied. In this sense, the advent of Law No. 13.964 /19, through the creation of the Guarantee Judge, raised a discussion regarding the possibility of the criminal investigation records continuing to accompany the complaint (or criminal complaint). Furthermore, with the new legislation in force, three dissonant supplying doctrinal currents debating, in light of Article 3-C, § 3, of the Penal Procedure Code, the future of the information elements collected in the investigative phase. Within this problem, a scientific research projected here, analyzing the Brazilian criminal prosecution, the police investigation, the judge of guarantees and the use by the parties of the existing information elements, has the purpose of contributing to the definition of what will be the destination of the investigations in

the dynamics of the Brazilian criminal process, before the content of the aforementioned legal provision. Therefore, based on the deductive method and theoretical-argumentative research, notably the doctrinal bias, the present study will focus on elucidating this legal stir.

Keywords: Criminal prosecution. Criminal investigation. Investigative phase. Law No. 13.964 / 2019. Judge of guarantees.

1 Considerações iniciais

O Sistema Processual Penal Brasileiro, desde o advento do Código de Processo Penal de 1941, é operacionalizado por meio de duas fases. A primeira delas, fase inquisitorial, é materializada, em regra, pelo Inquérito Policial, procedimento administrativo que possui a finalidade, em linhas gerais, de formar a *opinio delicti* do titular da Ação Penal, para que o órgão acusador possa oferecer denúncia em desfavor do Investigado.

Já a segunda, denominada de fase processual, tem por base, sobremaneira, os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Nela, por meio de um processo presidido por determinada Autoridade Judicial, desenvolve-se parte da persecução penal, a qual garante a legitimação do exercício do *jus puniendi* estatal, dado que *nula poenas sine judicio*, conforme orienta o Princípio da Necessidade.

Com o início da vigência da Lei nº 13.964/19, essas duas fases do processo penal sofreram diversas modificações, vez que se buscou estabelecer, concretamente, uma linha divisória entre essas duas etapas. Nesse diapasão, instituiu-se o Juiz das Garantias que será responsável por acompanhar o desenrolar da fase inquisitorial.

Essas premissas serão trabalhadas no primeiro e no segundo capítulos da presente perquirição, momento em que se estabelecerão as nuances de cada fase em análise, assim como se delimitará a (in)dispensabilidade do Inquérito Policial para uma futura Ação Penal.

Para mais, a novel legislação estabeleceu que o Juiz das Garantias, após o recebimento da denúncia, torna-se impedido de atuar na segunda fase da persecução penal, criando-se, por óbvio, uma nova modalidade de Competência Funcional. Destarte, o processo seguirá perante o Juiz da Instrução e Julgamento, autoridade que presidirá a fase instrutória e, conseqüentemente, proferirá a sentença penal.

Esse novo instituto jurídico, de acordo com parte da doutrina, estabeleceu, ainda, que o Inquérito Policial, não obstante o que dispõem os artigos 12 e 155 do Código de Processo Penal, não mais acompanharia a denúncia ou a queixa-crime, ainda que sirva de base a uma ou a outra.

Em contraponto, alguns doutrinadores apontam que o artigo 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, não delibera sobre os autos do Inquérito, mas sim acerca dos autos correspondentes às matérias de competência do Juiz das Garantias. Dessa maneira, tal procedimento administrativo, quando necessário, continuaria integrando os autos que compõem a fase processual.

Referida controvérsia será elucidada nos capítulos quatro e cinco, os quais conceituarão, em um primeiro momento, o novo instituto jurídico do Juiz das Garantias,

e, em seguida, debaterão todas as correntes doutrinárias que dizem respeito ao tema em questão com o escopo de buscar um denominador comum.

No sexto e último capítulo, discutir-se-á sobre a possibilidade de as partes, durante a instrução processual, juntarem os elementos informativos colhidos no Inquérito Policial à Ação Penal, ante o amplo acesso aos autos da investigação concedido a elas.

Isto posto, essa pesquisa científica tem por finalidade analisar o Juiz das Garantias e os seus consectários para responder à seguinte indagação: com o advento da Lei nº 13.964/19, os autos do Inquérito Policial continuarão acompanhando a denúncia ou a queixa, conforme orienta a regra extraída dos artigos 12 e 155, ambos do Código de Processo Penal?

Para elucidar a problemática instaurada, este trabalho científico analisará a estrutura da persecução penal no Direito Brasileiro, com o objetivo de se revelar a interface entre as fases investigatória e processual. A mais, também serão delimitados os institutos jurídicos do Juiz das Garantias e do Juiz da Instrução e Julgamento e, por fim, será investigada a antinomia existente entre o artigo 3º-C, § 3º, e os artigos 12 e 155, todos do Código de Processo Penal.

Considerando o atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa, por si só, reveste-se de importância e de necessidade, visto que a Lei nº 13.964/19 inaugurou uma nova dinâmica no processo penal brasileiro, que precisa ser debatida e estudada. Percebe-se, ainda, ao primeiro relance, que a doutrina e, possivelmente, a jurisprudência serão divergentes em seus entendimentos e em suas orientações.

A questão problema terá por base o método dedutivo e se pautará em pesquisa teórico-argumentativa, valendo-se, especialmente, do viés doutrinário. Sem prejuízo, serão analisados julgados que abordem o tema em apuração.

2 A persecução penal no sistema processual brasileiro

As condutas humanas, consideradas como ilícitos penais, dão origem à pretensão punitiva estatal, pela qual o Estado, sob o espectro da *ultimaratio* e lançando mão do *jus puniendi*, visa submeter o indivíduo a uma sanção penal. Para tanto, a Ordem Constitucional brasileira exige o cumprimento de procedimentos formais, não podendo a pena ser aplicada sem o devido processo legal, com a obrigatória observância dos princípios processuais pertinentes (NUCCI, 2020b).

A junção dos referidos procedimentos formais, por conseguinte, denomina-se persecução penal, em outras palavras, tal persecução é o caminho investigatório e processual que o Estado-Juiz deve percorrer para legitimar a imposição de uma sanção penal. Logo, constata-se que não há uma relação de simultaneidade entre conduta ilícita e pena, imperando, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Princípio da Presunção de Inocência.

Sintetizando o exposto até o presente momento, vale trazer alhures ensinamento doutrinário:

O direito penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito –mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual. O direito civil se realiza todos os dias, a todo momento, sem necessidade de "processo". Somente é chamado o processo civil quando existe uma lide carnelutianamente pensada como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. E o direito penal? Não é assim. O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal (LOPES JR., 2020)

Malgrado isso, é imperioso fazer uma diferenciação entre autotutela e heterotutela, que são métodos de solução de conflitos. A primeira, presente nas fases primitivas da sociedade, era regida pela lei do mais forte, isto é, considerando que não havia terceiro imparcial e que a pena era aplicada por uma parte à outra, o indivíduo "mais forte" acabava se sobressaindo em relação ao seu oponente (PINHO, 2018).

Por outro lado, o segundo método de solução de conflitos mencionado foi ganhando força à medida que a autotutela mostrava suas vicissitudes. Assim, a heterotutela traduz, no campo penal, a ideia de que o *jus puniendi* pertence ao Estado, devendo ele ficar responsável pelas reprimendas penais.

Nada obstante, cabe mencionar que, apesar de serem conflitantes, os dois supramencionados métodos de solução de conflitos, atualmente, subsistem no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que a heterotutela apresenta-se como regra e a autotutela como exceção. Nesse sentido, tem-se como exemplo a legítima defesa disciplinada no inciso II, do artigo 23, do Código Penal.

A mais, segue explicação que ratifica a diferenciação elucidada:

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015)

Doravante, é necessário explicitar quais são as fases que compõem a persecução penal no direito processual brasileiro, já que toda privação de liberdade exige um devido processo legal, conforme estatui o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para mais, compulsando o ordenamento em análise, verifica-se que o direito brasileiro divide a persecução em duas etapas distintas, que são: a fase investigatória e a fase processual (MARCÃO, 2020). Essa classificação, de certo modo, privilegia o sistema acusatório, em detrimento do sistema inquisitorial, já que há uma nítida separação entre as funções de julgar, acusar e defender, e há uma maior concentração das provas nas mãos das partes processuais.

Sobre essas fases da persecução, ressalte-se que a fase investigatória é materializada por um procedimento administrativo, o qual pode caracterizar um Inquérito Policial, presidido pela Autoridade Policial, ou um Procedimento Investigatório Criminal, presidido pelo Ministério Público. Ela busca, com a sua função preparatória, a formação de uma justa causa para um possível oferecimento de denúncia (ou queixa-crime) por parte da Acusação.

Além disso, modernamente, tal fase inquisitorial também tem uma função preservadora, segundo a qual um correlato procedimento investigatório estaria "relacionado ao intuito de evitar imputações infundadas ou levianas", das quais poderiam surgir diversos prejuízos para o Acusado (AVENA, 2019).

Seguindo, cumpre mencionar que a fase judicial desenrola-se através de uma Ação Penal, em que se garante o contraditório, com a presença de um terceiro imparcial (autoridade judicial), o qual resolverá o conflito mediante o exercício do Poder Jurisdicional. Em razão do Princípio da Inércia, o Judiciário deve ser instado a agir, não podendo referida fase ser iniciada de ofício.

Ademais, saliente-se que, apesar da reminiscência de alguns dispositivos legais vinculados ao sistema inquisitorial, o diploma processual penal brasileiro determina, sobretudo com as inovações da Lei nº 13.964/19, que as partes são responsáveis pela produção das provas. Dessa forma, o Magistrado não deve ter iniciativa probatória, deixando para as partes a gestão daquelas (LOPES JR., 2020).

Por fim, faz-se imperioso aduzir que há independência formal entre as fases inquisitorial e judicial. Desse modo, obtemperem-se que "no caso de serem inobservadas, na sindicância policial, normas procedimentais estabelecidas, a consequência não será a nulidade automática do processo, mas unicamente a redução do já minimizado valor probante" (AVENA, 2019, p. 299).

3 O inquérito policial e a sua (in)dispensabilidade

Esse instituto jurídico, presidido pelo Delegado de Polícia, eminentemente inquisitório, busca a produção de elementos informativos a respeito da materialidade e autoria de um delito (PACELLI, 2020).

Nessa linha, vem se apontado, em razão das alterações produzidas pela Lei nº 13.964/19, que as investigações criminais sofrerão controle de legalidade por parte do Juiz das Garantias, o qual, à luz do princípio da reserva jurisdicional, também resguardará os direitos fundamentais dos investigados.

Como já pontuado, registre-se que o Inquérito Policial visa, principalmente, formar a *opinio delicti* do órgão acusador (ou querelante), de modo a evitar processos penais despidos de fundamentação idônea, com fins ilícitos e abusivos. Com essa afirmação, é possível concluir que o oferecimento da peça acusatória não é um consectário lógico de uma investigação criminal, podendo ela se originar de outros instrumentos, por exemplo, de uma prisão em flagrante.

Nesse sentido, sobre a (in)dispensabilidade do Inquérito Policial, segue entendimento abalizado doutrinariamente:

O inquérito policial é peça meramente informativa, funcionando como importante instrumento na apuração de infrações penais e de respectiva autoria, possibilitando que o titular da ação penal possa exercer o *jus perseguendi in judicio*, ou seja, que possa dar início ao processo penal. Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será perfeitamente dispensável (LIMA, 2020)

Assim sendo, é de se defender que a investigação prévia não é condição de procedibilidade para o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, conforme dispõe o artigo 39, § 5º, do Código de Processo Penal.

Dentro desse panorama, a Lei nº 13.964/19, para alguns, por exemplo, Nucci (2020a), reforçou o entendimento de que o Inquérito Policial é dispensável ao processo penal. A novel redação legislativa teria trazido ainda mais certeza de que a peça acusatória não dependerá de referido procedimento para ser recebida.

De mais a mais, no que diz respeito à natureza jurídica do Inquérito, é de se esclarecer que ele "é um procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal" (RANGEL, 2019, p. 161).

Dando seguimento ao tema, é oportuno elucidar as consequências de definir o Inquérito Policial como um procedimento administrativo, vez que essa natureza jurídica restringe alguns direitos e garantias fundamentais do investigado.

Destarte, não há que se falar na aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no transcorrer de uma investigação, pois esses mandamentos nucleares são reservados às ações penais, segundo o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Consequentemente, as informações colhidas durante essa fase não podem ser classificadas como provas, mas sim como elementos informativos, os quais deverão ser convalidados, por meio da instrução processual, no decorrer de um processo criminal.

Esse entendimento não vai ao encontro da afirmação de que o investigado, quando da fase policial, é um mero objeto, mormente ao se considerar que essa sindicância deve observar a maioria das prerrogativas fundamentais, por exemplo, à intimidade e à propriedade.

A mais, para além de sua indispensabilidade, as investigações prévias apresentam outras especificidades que as constituem.

Sobre essas características próprias, sabe-se que o inquérito tem sete principais atributos, quais sejam: procedimento escrito, inquisitório, oficioso, oficial, discricionário, indisponível e sigiloso (AVENA, 2019). É importante ressaltar que esses são os principais requisitos, existindo outros, a depender da doutrina adotada, nos quais a investigação criminal se fundamenta.

Nesse seguimento, ressalte-se que a indisponibilidade distingue-se da dispensabilidade. Por aquela, entende-se que o arquivamento é ato privativo do órgão acusador, não podendo a autoridade policial arquivar um inquérito. Em outro plano, a

segunda característica mencionada denota a prescindibilidade do inquérito policial para a continuidade da persecução penal.

Para concluir, é preciso sedimentar que os autos de uma investigação criminal, até mesmo de acordo com a legislação anterior à Lei nº 13.964/19, são dispensáveis à formação da peça acusatória.

4 O juiz das garantias sob o espectro das fases investigatória e processual

Inicialmente, a análise acerca das finalidades e dos fundamentos do Juiz das Garantias é imprescindível, já que esse instituto jurídico reformulou toda a organização das autoridades judiciárias no que diz respeito aos processos criminais.

Nessa perspectiva, a estruturação desse novo juízo privilegiou o sistema acusatório em detrimento do sistema inquisitório, conforme artigo 129, inciso I, da Constituição da República Federativa de 1988. Como se sabe, o sistema privilegiado estabelece uma clara divisão entre as funções de acusar, julgar e defender, em consonância com o princípio da imparcialidade.

Sob esse prisma, constata-se que a principal finalidade do Juiz das Garantias é assegurar, dentro do sistema processual penal, uma maior efetividade à imparcialidade dos Magistrados, a qual pode vir a ser maculada pelos atos praticados no decorrer da fase inquisitorial (SILVA, 2020).

Para mais, referida inovação legislativa também garante uma melhor aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que não orientam o transcurso das investigações criminais, em razão de preservar a conversão dos elementos informativos em provas processuais.

Seguindo com a discussão, é possível verificar, em um primeiro plano, que um dos fundamentos do Juiz das Garantias é a parcialidade dos já mencionados elementos informativos colhidos durante um procedimento administrativo.

Em uma segunda análise, encontra-se a teoria da dissonância cognitiva como fundamento do instituto. Esse estudo foi desenvolvido por Leon Festinger, no século XX, com o fim de explicar o comportamento dos indivíduos ao buscarem uniformidade em suas cognições.

Acercado assunto, segue explicação, *in litteris*, de seus principais conceitos:

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas, explica SCHÜNEMANN (LOPES JR., 2020)

Dessa maneira, fica clarividente a influência cognitiva que os Magistrados sofrem ao terem acesso aos autos dos inquéritos policiais, os quais, repise-se, possuem um viés punitivo, contando com pouquíssimas participações da defesa enquanto parte processual.

Dentro dessa ideia, por fim, tem-se a pesquisa científica: "O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental", segundo a qual os juízes, ainda que de forma inconsciente, tornam-se parciais quando participam de todo o transcorrer da persecução penal (SCHUNEMANN, 2012, *online*).

Esse experimento empírico, baseado no direito processual alemão, recrutou juízes criminais e promotores de justiça para analisar, por meio da instrução probatória de uma ação penal, o grau de comprometimento das decisões judiciais quando os autos da investigação acompanham a denúncia.

Seguindo, sobre essa nova realidade processual penal imposta pela referida alteração legislativa, mencione-se que o primeiro Juízo, que praticar qualquer ato decisório, não mais se tornará prevento para o julgamento da causa, o que afastou anterior entendimento legislativo:

Cuida-se de verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo, é dizer, a depender da fase da persecução penal em que estivermos, a competência será de um ou de outro juiz: entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia (ou queixa), a competência será do juiz das garantias, que ficará impedido de funcionar no processo; após o recebimento da peça acusatória e, pelo menos em tese, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória (ou absolutória), a competência será do juiz da instrução e julgamento. Objetiva-se, assim, minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, quando a prática de qualquer ato decisório pelo juiz na fase investigatória tornava-o prevento para perseguir no feito até o julgamento final (CPP, artigo 75, parágrafo único, e artigo 83) (LIMA, 2020)

Dessa forma, o Juiz das Garantias estará impedido de atuar na fase processual, podendo, até mesmo, as partes alegarem a incompetência dele, considerando as regras dispostas no Código de Processo Penal.

Em outro compasso, pelo até aqui trazido, vislumbra-se uma realidade em que o Juiz da Instrução e Julgamento não se macularia pela inquisitorialidade da investigação criminal. Ele, pelo exposto, atuará na persecução criminal após o recebimento da denúncia, ou seja, tendo competência para o transcurso da instrução processual, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, está sedimentado que o segundo juízo não se vinculará às decisões do Juiz das Garantias, devendo ele, inclusive, reexaminar, no prazo de 10 (dez) dias, as medidas cautelares decretadas na fase investigatória, de acordo com o artigo 3º-C, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que tange às competências do Juiz das Garantias, é imperioso destacar que o Código de Processo Penal, à luz do Princípio da Reserva Jurisdicional, reservou a este Magistrado todas as matérias, efetivadas ao longo da fase investigatória, ligadas à restrição de direitos fundamentais (CARVALHO; MILANEZ, 2020).

Dentro dessa análise, cabe elucidar que o mencionado rol de competências é exemplificativo, tendo como principais atribuições: o controle de legalidade da prisão em flagrante, a apreciação dos requerimentos de medidas cautelares e o recebimento da denúncia ou queixa-crime. A novel legislação estabeleceu de maneira expressa somente uma restrição a ele, que são as infrações penais de menor potencial ofensivo, tendo em vista o disposto na Lei 9.099/95.

À vista disso, ele atuará, em regra, na persecução penal até o juízo de admissibilidade da peça acusatória, momento em que se tornará incompetente, sendo os autos, por conseguinte, remetidos ao juiz da instrução.

A respeito do direito intertemporal, apesar de ser uma hipótese de *novatio in mellius*, o Supremo Tribunal Federal, de plano, na ADI nº 6.298, entendeu que referida previsão legal ficaria restrita às investigações em andamento e aos processos criminais futuros, em observância ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica.

Vale mencionar, contudo, que o Ministro Relator Luiz Fux, quando da apreciação liminar em conjunto das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (BRASIL, 2020), as quais foram ajuizadas em desfavor da Lei nº 13.964/19, suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do Juiz das Garantias e dos seus corolários, o que não suspendeu os inquéritos e processos em andamento, aos argumentos de que:

In casu, sob uma leitura formalista, poder-se-ia afirmar que, ao instituírem a função do juiz de garantias, os artigos 3º-A ao 3º-F teriam apenas acrescentado ao microsistema processual penal mera regra de impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal. Nesse sentido, esses dispositivos teriam natureza de leis gerais processuais, definidoras de procedimentos e de competências em matéria processual penal, o que autorizaria a iniciativa legislativa por qualquer dos três poderes, nos termos do artigo 22 da Constituição. De antemão, o artigo 3º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao determinar que, "as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo", parece veicular a violação mais explícita ao artigo 96 da Constituição. No entanto, em um juízo perfunctório, entendo que os demais artigos que tratam do juiz de garantias também padecem da mesma violação constitucional direta. De fato, para além do artigo 3º-D, parágrafo único, nenhum dos demais dispositivos cria explicitamente novos cargos de juízes ou varas criminais. No entanto, a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes vistos na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos. (BRASIL, 2020)

Ante o exposto, verifica-se que foi instalada uma discussão acerca da constitucionalidade do processo legislativo que disciplinou o Juiz das Garantias, mormente em razão de vício de iniciativa ligado à competência do Poder Judiciário para legislar quanto à organização e divisão judiciária.

Até a conclusão da presente pesquisa científica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não analisou o mérito das supramencionadas ações diretas de inconstitucionalidade, tendo sido conservada a decisão cautelar proferida em 22 de janeiro de 2020 e, conseqüentemente, a suspensão do instituto jurídico em questão. Referida conservação da suspensão derivou-se, sobretudo, da nova realidade imposta pela Pandemia da COVID-19, pela qual as audiências públicas tiveram que ser remarçadas, considerando as medidas de prevenção impostas a todos jurisdicionados.

5 (Im)possibilidade de os autos da investigação criminal acompanharem a peça acusatória

De plano, é necessário averiguar o que dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sobre a revogação de leis, vez que a dinâmica do Juiz das Garantias vai de encontro ao teor dos artigos 12 e 155, ambos do Código de Processo Penal, mas não os revogou de forma expressa.

Sob esse ângulo, a LINDB (BRASIL, 1942, *online*), em seu artigo 2º, determina que "a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue", de acordo com o princípio da continuidade. Portanto, não há que se falar em revogação de lei por costumes ou jurisprudência, somente por outra lei de igual ou superior hierarquia.

Esse mesmo dispositivo legal, no seu § 1º, estabelece que a revogação expressa, quando a lei posterior expressamente revoga a anterior, coexiste com a revogação tácita, efetivada na hipótese da lei posterior ser incompatível com a anterior.

Demais disto, é imperiosa a transcrição de ensinamento doutrinário acerca da segunda espécie de revogação:

O que caracteriza a revogação tácita é a incompatibilidade das disposições novas com as já existentes. Na impossibilidade de coexistirem normas contraditórias, aplica-se o critério da prevalência da mais recente (critério cronológico: *lex posterior derogat legi priori*). Essa incompatibilidade pode ocorrer quando a lei nova, de caráter amplo e geral, passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, vindo a lei revogadora, neste caso, substituir inteiramente a antiga. Desse modo, se toda uma matéria é submetida a nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei anterior que tratava do mesmo assunto (GONÇALVES, 2019)

Por óbvio, é possível, por meio de uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal, defender que o artigo 3º-C, § 3º, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, promoveu a revogação tácita dos artigos 12 e 155, do mesmo diploma normativo.

Dentro desse panorama, a doutrina vem divergindo bruscamente sobre o destino do Inquérito Policial depois do oferecimento da denúncia, tendo, ao menos, três correntes doutrinárias opostas.

Para a primeira, o Juiz da Instrução não terá contato com os autos da investigação criminal, vez que se criou, ao consagrar o sistema acusatório, uma sistemática em que se vedará o acesso do juiz da instrução aos autos do inquérito policial, com exceção das provas irrepetíveis (NUCCI, 2020a).

Dessa forma, cumpre elucidar que o juiz instrutor, ao trabalhar apenas com as provas irrepetíveis e com as medidas de obtenção e antecipação de provas, ficará imune aos elementos informativos de cunho parcial que forem colhidos na fase de investigação (LOPES JR.; ROSA, 2020).

Por outro lado, defende-se que "os autos a que o artigo 3º-C, §3º, do CPP, se refere são os expedientes que exigem manifestação do Juiz das Garantias e que deverão ser formados especificamente para isso, conforme a tabela de códigos do Conselho Nacional de Justiça" (ARAS, 2020, *online*). Conseqüentemente, por esse entendimento, a estrutura dos artigos 12 e 155 não teria sido alterada.

Na mesma linha dessa corrente, ressalte-se, ainda, que os §§ 2º e 3º, do artigo 3º-C, quando analisados à luz do artigo 3º-B, demonstrariam que os autos que ficarão acautelados na secretaria do Juiz das Garantias não serão os autos que compõem uma investigação criminal (IENNACO, 2020).

Ora, vislumbra-se que o artigo 3º-C, § 3º, do CPP, para esse entendimento, não abrange as matérias pertinentes ao Inquérito Policial. Veja-se, pois:

Pela simples leitura do dispositivo em comento (art. 3º-C, § 3º), percebe-se que as matérias que não se inserem na competência do juiz das garantias, leia-se, que estão fora dos incisos do artigo 3º-B, podem, sem problemas, acompanhar a inicial acusatória, como, por exemplo, oitivas na polícia, procedimento de inquérito civil, procedimento na esfera infância e juventude (CUNHA, 2020)

Com uma postura mais equilibrada, a terceira corrente estatui que deva ser feita uma análise ampla das nuances do procedimento comum ordinário do processo penal brasileiro. Nesse sentido:

O ideal é concluir que, pelo menos em regra, não mais se deverá permitir ao juiz da instrução e julgamento manter qualquer contato com os elementos informativos produzidos no curso da investigação preliminar. Porém, para fins de análise de possível absolvição sumária (CPP, artigo 397), revisão da necessidade das cautelares em curso e da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias (CPP, artigos 3º-C, § 2º, e 316, parágrafo único, respectivamente), outro caminho não há senão se admitir o acesso do juiz da instrução e julgamento aos atos investigatórios, principalmente quando o substrato necessário para a formação de seu convencimento não constar exclusivamente das provas irrepetíveis, antecipadas e meios de obtenção de provas. (LIMA, 2020)

Pelo exposto, percebe-se que não há unanimidade quanto ao futuro dos autos do inquérito policial, sendo que todas as correntes trabalhadas encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

6 Uso (i)limitado pelas partes dos elementos de informação colhidos na investigação criminal

A presente discussão fundamenta-se no artigo 3º-C, § 4º, do CPP, de acordo com o qual as partes poderão consultar os autos que ficarem acautelados na secretaria do Juiz das Garantias.

Por essa disposição, indaga-se a respeito da (in)viabilidade de as partes, após consultarem a investigação criminal, juntarem os elementos informativos colhidos aos autos da ação penal durante a fase instrutória.

Sobre o tema, é necessário estatuir que tanto a acusação quanto a defesa possuem direito à prova; "o direito do réu à prova tem como pressupostos a existência e o exercício do direito da acusação. O exercício desse direito à prova se estenderá a todas as suas fases, é dizer: a da obtenção, a da introdução e da produção no processo".(PACELLI, 2020, p. 435).

Diante disso, sobrevém, para muitos, o entendimento de que as partes têm autonomia processual para requererem a juntada dos elementos de convicção que julgarem relevantes à instrução do processo criminal (MONTENEGRO, 2020).

Dentro desse cenário, não se pode olvidar do teor do artigo 400, § 1º, do CPP, o qual determina que o Magistrado tenha o controle da produção probatória, podendo indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Em contrapartida, para a corrente que defende a exclusão dos autos da investigação criminal, a absoluta liberdade de produção probatória desvirtuaria os fins precípuos do Juiz das Garantias, o que, conseqüentemente, culminaria na ilicitude dessas provas (LOPES JR., 2020).

Quanto à incoerência em termos da novel legislação, registre-se:

Esse direito de amplo acesso aos autos de investigação leva exatamente a quê? Somente para contrastar as provas até aí produzidas e o recebimento (ou rejeição) da denúncia ou queixa? Porém, surge um ponto. Se as partes têm livre acesso aos autos da investigação, por que não podem tirar fotocópias e incluir no processo principal? Será uma questão a ser decidida no caso concreto. Afinal, amplo acesso á prova pode significar amplo uso dessa prova. (NUCCI, 2020a)

Pontofinalizando, saliente-se que, caso seja permitida a juntada dos elementos informativos aos autos da ação penal, todos eles terão natureza jurídica de prova documental, inclusive os depoimentos colhidos na fase investigatória.

7 Considerações finais

Sedimentando todo o exposto, é de bom tom verificar a diferenciação existente entre *mens legislatoris* e *mens legis*, teorias que instruem o operador do direito durante a atividade de interpretação. A primeira, também conhecida como teoria subjetiva, defende que o jurista deve buscar compreender a vontade que motivou o legislador a editar determinada lei. Já a segunda, denominada teoria objetiva, elucida que a lei ao ser sancionada adquire vida própria, motivo pelo qual o operador averigua a "vontade" dela, e não do legislador.

Malgrado isso, a doutrina é uníssona no sentido de que o intérprete deve lançar mão da teoria objetiva, já que a subjetiva vai ao encontro dos regimes políticos absolutistas, sobretudo dos Estados que adotam a monarquia como forma de governo.

Com isso, constata-se que a Lei nº 13.964/19, enquanto Projeto de Lei, possuía um viés mais punitivista, tendo como principal origem o Pacote Anticrime elaborado pelo Poder Executivo Federal. Contudo, no transcorrer do referido processo legislativo constitucional, essa inovação normativa sofreu diversas alterações promovidas pelos parlamentares, vindo a adquirir uma linha garantista e, conseqüentemente, a destoar de suas finalidades iniciais.

Por tudo isso, infere-se que a lei sancionada não se subsume à vontade inicial dos seus idealizadores, nem às finalidades dos parlamentares, do que se extrai que o instituto do Juiz das Garantias foi muito prejudicado. Ora, à luz da função simbólica do direito, no afã de atender um clamor público, os integrantes do processo legislativo acabaram aprovando uma lei que não permite a aplicação integral de seus consectários, considerando a *mens legis*.

Assim, é de se mencionar que, de acordo com a essência do Juiz das Garantias, não há como defender que o Inquérito Policial acompanhará uma peça acusatória. Sob esse prisma, ao se esmiuçar o instituto, depreende-se que a sua principal finalidade é estabelecer uma linha divisória entre as fases inquisitorial e judicial.

Referida finalidade fundamenta-se na imparcialidade do Magistrado, a qual, como já mencionado nessa pesquisa científica, é maculada pelos elementos informativos colhidos em uma investigação criminal. Essa conclusão baseia-se no fato de que a fase investigativa não é regida pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nada obstante, tendo em vista a dinâmica processual instituída e a teoria objetiva supramencionada, conclui-se que a absoluta retirada das investigações criminais da fase judicial é impossível. Nesse sentir, constata-se que o juiz da instrução, quando se torna competente pelo processo, deve analisar, principalmente, o cabimento da absolvição sumária e a manutenção das medidas cautelares eventualmente aplicadas.

Dessa forma, considerando a persecução penal brasileira, este Juízo deverá ter acesso aos autos da investigação, sob pena de se comprometer as suas análises, ante a ausência de elementos aptos a subsidiarem tais pronunciamentos.

Dentro desse cenário, cumpre salientar que o Projeto de Lei nº 8.045/10, do qual se extraiu o Juiz das Garantias, em seu artigo 15, § 3º, prevê que os autos da investigação poderão acompanhar a peça acusatória.

A partir daí, verifica-se que a falta de técnica do legislador instaurou uma celeuma jurídica, não sendo possível, por conseguinte, aventar a tese de que a Lei nº 13.964/19, com a dinâmica do Juiz das Garantias, revogou tacitamente os artigos 12 e 155, ambos do Código de Processo Penal.

Posto isso, acredita-se, tendo em vista as considerações esposadas no trabalho, que a corrente doutrinária defendida por Rogério Sanches Cunha, Rodrigo Iennaco e Vladimir Aras, deverá prevalecer, pela qual os autos a que se refere o artigo 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, não são os da investigação criminal, mas sim os relacionados às matérias pertinentes ao Juiz das Garantias.

Finalizando, cumpre registrar que a pesquisa que ora se projeta, considerando as inovações legislativas e as correntes doutrinárias dissonantes, tem o escopo de promover reflexões acerca do sistema processual penal e, por consequência, sanar as contradições instituídas pela novel legislação. Todavia, sabe-se que se trata de tema extremamente controverso, razão pela qual é necessário que os operadores do direito se debruçem em estudos profundos e complexos sobre o aqui analisado, para que se possa chegar a uma conclusão juridicamente aceitável e proporcional.

Referências

ARAS, Vladimir. O juiz das garantias e o destino do inquérito policial. *In: Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 13 abr. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo; Método, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 fev. de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 6.298**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 22 de jan. de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O Juiz de Garantias brasileiro e o Juiz de Garantias chileno: breve olhar comparativo. *In: Biblioteca virtual do Centro de Estudios de Justicia de las Justice Studies Center of the Americas*. 2020. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5645/Juiz%20de%20garantias%20brasileiro%20e%20juiz%20de%20garantias%20chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 abr. 2020.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalhos acadêmico-científicos**. 6. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/19**: comentários às alterações no CP, CPP e na LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

IENNACO, Rodrigo. O juiz de garantias e o conhecimento (a posteriori) do conteúdo da investigação criminal pelo juiz do processo: primeiras impressões. *In: Observatório da Justiça Militar Estadual*, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/15/O-juiz-de-garantias-e-o-conhecimento-a-posteriori-do-conte%C3%BAdo-da-investiga%C3%A7%C3%A3o-pelo-juiz-do-processo-%E2%80%93-primeiras-impress%C3%B5es>. Acesso em: 30 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal. *In: Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2020.

MONTENEGRO, Fábio Uchôa. **Juiz das garantias**: um arremedo do juiz de instrução. *In: Migalhas*, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317982/juiz-das-garantias-um-arremedo-do-juiz-de-instrucao>. Acesso em: 02 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964/19. Rio de Janeiro: Forense, 2020a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: Teoria Geral do Processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHUNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Coordenação Luíz Greco. *In: Revista Liberdades*, 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/artigo01.pdf. Acesso em: 2 ago. 2020.

SILVA, Marcelo Oliveira da. **Por que temer o Juiz das Garantias?** 2020. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Artigo1.doc.pdf>. Acesso em: 25 abril 2020.

O Princípio da Ampla Defesa na construção do Processo Administrativo Disciplinar

The Principle of Audi Alteram Partem in the construction of the Disciplinary Administrative Process

João Vitor Oliveira Alves

Graduando de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: joaoalves@unipam.edu.br

Samir Vaz Vieira Rocha

Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (UIT). Especialista em Direito Tributário e MBA em Gestão Estratégica de Negócios pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Professor orientador.

E-mail: samirvrocha@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho aborda, por meio do método dedutivo, o tema da construção do princípio da ampla defesa no direito administrativo disciplinar, em especial no processo administrativo disciplinar. O estudo inicia-se com a conceitualização do direito administrativo disciplinar seguido do processo administrativo disciplinar e a distinção entre processo e procedimento. A seguir, são contemplados os princípios elencados na Carta Magna que consubstanciam a essência dos direitos fundamentais e a sua relevância em todos os aspectos do controle disciplinar. Em posse das informações, adentra-se na construção do direito administrativo disciplinar ao longo da história do Brasil, desde a sua primeira Constituição até a Carta de 1988, de maneira a analisar a evolução do princípio da ampla defesa ao longo da história. Por fim, é apresentado o estágio atual de evolução do instituto através dos embates do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e as diversas doutrinas que atuam em um fluxo constante de evolução pela interpretação ampliativa dos direitos fundamentais em face da aplicação de uma Súmula Vinculante abstrata que pode implicar restrição de direitos, posicionamento sustentado pela Corregedoria-Geral da União.

Palavras-Chave: Ampla Defesa. Devido processo legal. Direito Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Súmula vinculante.

Abstract: The research aims to study, through the deductive method, the construction of the principle audi alteram partem in the administrative disciplinary law, in particular the administrative disciplinary process. This research begins in the conceptualization about administrative disciplinary law and the difference between process and procedure. In sequence, the principles listed in the Federal Constitution will be studied, which substantiate the essence of fundamental rights and their enforcement in all aspect of administrative disciplinary control. After that, the construction of disciplinary administrative law throughout the history of Brazil since the first Constitution until the present law will be studied, in an analysis of the evolution of the principle audi alteram partem. Finally, the current stage of evolution of the administrative institute is presented through the clashes of the Supreme Federal Court, the Superior Court of Justice and several doctrines that act in a constant flow of evolution through the broad

interpretation of fundamental rights in face of the application of a generic binding summary that may imply restriction of rights, according to the position of the Federal Internal Affairs Office of Brazil.

Keywords: Audi alteram partem. Administrative disciplinary process. Administrative law. Due legal process. Supreme Federal Court.

1 Considerações iniciais

Diante da nova ordem constitucional de 1988, o Constituinte Originário optou por insculpir na Carta Magna um capítulo próprio para a administração pública, em especial, o que dispõe, neste, sobre o Poder Disciplinar em diversos artigos. Essa opção do legislador não ocorreu por mera conveniência, mas sim pela relevância desse instituto que tem sua origem em uma construção histórica dos Direitos Fundamentais no processo administrativo disciplinar; também, possui como objetivo, dentre outros, exaltar a ordem e a disciplina dos seus agentes, servidores e empregados que atuam em prol da administração pública.

No mesmo sentido, a Assembleia Constituinte de 1988 também optou em consagrar ao Poder Judiciário a atribuição de “guardião” da Constituição Federal e das leis. Desse modo, foram criados o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – o primeiro responsável pela guarda, dentre outros institutos, dos preceitos fundamentais; o segundo pela solução de demandas civis e criminais que não envolvam matéria constitucional.

Em virtude disso, o Poder Disciplinar da Administração pública, no âmbito do Poder Executivo Federal, é norma constitucional de eficácia limitada – como será demonstrado no curso do artigo jurídico –, o que confere a prerrogativa de os entes federativos concederem a seus servidores públicos um regime jurídico único. Assim, o Poder Disciplinar, tornou-se, ao mesmo tempo, matéria constitucional e infraconstitucional, por abranger os Direitos Fundamentais inerentes ao processo administrativo disciplinar e por conferir aos Estados a prerrogativa de conferirem os próprios procedimentos.

Assim, fora instituído, em âmbito federal, o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, por intermédio da Lei nº 8.112, de 1990. Esse dispositivo consagrou o Processo administrativo disciplinar com os princípios e os mecanismos inerentes ao contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal com algumas peculiaridades em relação aos demais institutos processuais.

Com o decorrer dos anos, o Processo administrativo disciplinar tornou-se uma faculdade processual com características próprias e com uma grande discussão no tocante à obrigatoriedade de constituição de procurador em defesa do servidor público acusado nesta seara. Por se tratar de uma norma infraconstitucional e submetida ao poder discricionário da Administração pública, até hoje paira uma controvérsia dos Tribunais Superiores no que se refere à máxima da tutela dos direitos fundamentais, em especial, do Contraditório e da Ampla Defesa.

Em 2007, em Sessão Plenária do STJ, os Ministros, em referência aos arts. 153, 163 e 164 da Lei nº. 8.112/90, manifestaram sobre a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar em respeito ao apelo doutrinário e os Direitos Fundamentais.

Por outro lado, no ano subsequente, em 2008, o STF publicou a Súmula Vinculante nº. 05, notoriamente contrária ao entendimento do STJ, ao prever, explicitamente e sem maiores ressalvas, a ausência de defesa técnica por advogado em sede de processo administrativo disciplinar não ofender a Constituição Federal. Todavia, o embate das duas cortes é frequente até hoje, especialmente no que diz respeito às questões sobre cerceamento de defesa.

Diante do exposto, a presente pesquisa jurídica terá por método o dedutivo, que abordando doutrinas inerentes ao direito administrativo disciplinar, assim como jurisprudências e outras fontes do direito administrativo. Assim, o propósito será elucidar os principais motivos que incorreram na elaboração dos enunciados em discussão, bem como os posicionamentos doutrinários que mais se estejam adequados à atual conjuntura jurídica que busca a máxima efetividade da tutela dos direitos fundamentais frente a um possível conflito de precedentes entre os tribunais superiores.

2 Direito Administrativo Disciplinar

Antes de adentrar na construção do processo administrativo disciplinar e nos seus desafios contemporâneos, cumpre preliminarmente abordar as diferentes interpretações do que vem a ser o instrumento. Nesse sentido, pode-se conceituar o processo administrativo disciplinar como “meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da administração” (MEIRELLES, 2016, p. 230).

Na mesma linha, Bacellar Filho sustenta que o processo administrativo disciplinar é a maneira de exteriorização da competência constitucional da administração pública para estabelecer normas de conduta e punições aos agentes públicos e pessoas jurídicas que atuam em algum ofício de interesse público (BACELLAR FILHO, 2016, p. 34). Trata-se do exercício do princípio basilar da supremacia do interesse público sobre aqueles vinculados ao exercício do poder público seja pelos servidores públicos, seja pelos prestadores de serviços particulares.

De forma contrária, Ada Pellegrini Grinover atribui ao direito administrativo disciplinar um caráter punitivo interno, direcionado apenas à apuração e à repressão de condutas dos servidores públicos. Assim, caso se trate de um particular, como uma empresa concessionária de serviços, estará sujeito ao direito administrativo externo (GRINOVER, 1991, p. 12).

Trata-se de um posicionamento contestável, visto que a expressão “servidores públicos” é espécie do gênero “agentes públicos”, que contempla comissionados, agentes políticos, honoríficos, delegados, dentre outros. Diante disso, é possível classificar também o direito administrativo disciplinar interno em sentido estrito ou em sentido amplo, de forma que o primeiro abrange apenas os servidores públicos e o segundo, os agentes públicos (BACELLAR FILHO, 2016, p. 36).

Também, pode-se afirmar:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente. (MEIRELLES, 2016, p. 145)

Diante disso, vislumbra-se que a concepção de direito administrativo disciplinar possui vários alcances, os quais deverão ser definidos pelo administrador, por isso a doutrina o classifica como exercício do poder disciplinar como uma faculdade. Em outras palavras, a punição administrativa se submete a uma faculdade punitiva interna da administração conforme o próprio juízo de conveniência e oportunidade.

Em consequência disso, há a possibilidade de aplicar uma pena tipificada no regime disciplinar dos agentes públicos ou uma pena não prevista em lei. Desse modo, conclui-se que o discricionarismo não paira sobre a faculdade de punir ou não punir, mas sim sobre a aplicação da pena com a observação dos princípios jurídicos, em especial o da razoabilidade e proporcionalidade (MEIRELLES, 2016, p. 147).

Nesse sentido,

Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. (MEIRELLES, 2016, p. 146)

Pela possibilidade de o agente público cometer um ilícito administrativo ou penal e não ser punido, a doutrina é clara ao definir que, embora o poder disciplinar seja discricionário, o seu não exercício é crime contra a administração pública. O superior hierárquico, que ciente do ilícito praticado por um de seus subordinados, caso não o reporte ou puna internamente, incorre em condescendência criminosa prevista no art. 320 do Código Penal (MEIRELLES, 2016, p. 147).

Assim assevera o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais através da Lei nº. 8.112/1990: "Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa". (BRASIL, 1990).

Para o português Marcelo Caetano, o direito administrativo disciplinar tem "sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público" (CAETANO, 1932, p. 25). O que se observa é que a tese do caráter exclusivamente punitivo do direito administrativo disciplinar encontra-se obsoleta no

Direito Português. Em Portugal, diferentemente do Brasil, o direito administrativo disciplinar não possui o não só o condão exclusivo de “punir”, mas também o condão de “prevenir” os ilícitos administrativos. Nesse sentido, no país, existem três dimensões do direito administrativo: a punitiva, a preventiva e a prescritiva. Por conseguinte, cumpre ilustrar a doutrina portuguesa:

O poder disciplinar é preventivo e prescritivo, no sentido em que compreende a concretização de pautas de comportamento e/ou a imposição de modos de proceder funcionais e organizacionais ordenados à disciplina. Ilustrativa, *mutatis mutandis*, é a previsão do artigo L.141-5-1 do Código da Educação francês, que dispõe que a instauração de procedimento disciplinar contra os alunos dos estabelecimentos públicos franceses que usem símbolos e indumentária manifestamente ostensiva de uma pertença religiosa deve ser precedida de um “diálogo com o aluno”, explicando-lhe desvalor da sua conduta e os objectivos prosseguidos (“*un véritable rappel à la loi*”). [...]

A Recomendação n.º 166, da OIT, de 1966 (§§ 7 e 8), prescreve que o trabalhador só deve ser despedido se o empregador o tiver avisado por escrito e/ou instruído da incorrecção do seu comportamento ou do desempenho insatisfatório dos seus deveres, de modo a permitir que o altere.

Como se vê esta dimensão não se confunde ou esgota no poder de direcção. Mais do que direccionar a actuação prestativa e relacional do trabalhador, trata-se de dispor, genérica ou concretamente, no sentido da existência de disciplina. Neste quadro, o poder de direcção pode funcionar como um instrumento do papel preventivo e prescritivo do poder disciplinar [sic]. (NEVES, 2007, p. 14)

No Brasil, contudo, pouco se fala de outras dimensões do direito administrativo disciplinar, salvo a da punitiva. Nesse sentido, para Romeu Bacellar Filho, existem duas dimensões do direito administrativo disciplinar: a material e a processual (BACELLAR FILHO, 2016, p. 39).

A dimensão do direito administrativo disciplinar material ou substancial é aquela que versa sobre a previsão geral e hipóteses fáticas tipificadas como ilícitos administrativos bem como as suas penas respectivas. Por outro lado, a dimensão processual versa sobre as formalidades inerentes à apuração de determinado fato praticado pelo agente e a devida aplicação da pena. As duas dimensões são complementares, “duas faces da mesma moeda”, e a justificativa teórica e normativa do direito administrativo disciplinar processual traz consigo o pressuposto do processo administrativo disciplinar (BACELLAR FILHO, 2016, p. 39).

Por fim, é este o ponto principal da presente pesquisa – o processo administrativo disciplinar – visto que, por exemplo, a própria Constituição Federal, através do art. 41, inciso II, assegura que não há pena de demissão sem que haja um processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa.

2.1 Processo e procedimento

Outra grande discussão acerca do processo administrativo disciplinar é se seria este de fato um processo ou um procedimento. Nesse sentido, há grande divergência doutrinária, o que na prática poderia implicar uma restrição ou uma ampliação de garantias (BACELLAR FILHO, 2016, p. 41).

Nas lições de Candido Dinamarco (2008, p. 156), processo é todo procedimento em que haja contraditório (*apud* REIS, 2018, p. 27). Nesse sentido, pela interpretação da Constituição Federal e da Lei nº. 8.112/90, observa-se que o contraditório, dentre outros princípios, é caracterizador do processo administrativo disciplinar, sem o qual não há de se falar em processo.

De modo semelhante, Marques (1986, p. 09, *apud* BARRETO, 2013, p. 72) também distingue processo e procedimento, de modo que o primeiro são os atos que compõem a finalidade e as aglutina na composição do litígio *secundum ius*, para a solução da demanda. O procedimento, por sua vez, é a sucessão coordenada de atos jurídicos ao longo do processo. Afirma-se, também, que processo possui sentido teleológico ou finalístico, em que a composição do litígio revela um instrumento de paz social e da justiça; o procedimento é o meio para atingir tal fim.

Não obstante, a doutrina brasileira tende ao posicionamento consagrado na própria Carta Magna através da expressão “processo administrativo”. Observa-se o termo “processo administrativo” na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, LXXII, LXXVIII, art. 37, inciso XXI, art. 41, §1º, além de toda legislação infraconstitucional; há dispositivos que estabelecem um núcleo em comum da “processualidade” dos âmbitos civil e penal.

Nesse sentido, Carolina Pereira Barreto (2013, p. 74) afirma que, na administração pública, o processo administrativo disciplinar é um procedimento para limitar o exercício arbitrário do poder estatal através da máxima efetivação dos direitos fundamentais para com os agentes públicos subordinados ao poder disciplinar.

2.2 Princípios Fundamentais do Processo Administrativo Disciplinar

Preliminarmente, cumpre informar que o processo administrativo disciplinar é dotado de inúmeros princípios, sejam consagrados na doutrina, sejam constitucionais, sejam explícitos e sejam implícitos. Contudo, o presente estudo limitar-se-á ao estudo da atual problemática proposta: a construção da ampla defesa no processo administrativo disciplinar.

Para isso, a Constituição Federal conclama, em seu artigo 5º, inciso LV, os princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes tanto em processo judicial quanto no administrativo. Assevera-se que esse pressuposto básico do Processo administrativo disciplinar é efetivado quando o agente público possui a oportunidade de intervir em defesa de seus direitos, por meio de uma real contradição, que pressupõe, por sua vez, o conhecimento da imputação formulada (VIEIRA, 2014, p. 100).

Nesse viés, a doutrina constitucionalista moderna afirma que o contraditório e a ampla defesa são característicos do Estado Democrático de Direito, no qual a contrariedade no processo administrativo é um pressuposto essencial de um processo justo – não autoritário – e com a regra *audiatur altera pars*, ou seja, para cada litigante, deverá ser dada a ciência dos atos administrativos, para serem contrariados (SILVA, 2009, p. 155).

É importante ressaltar que nem sempre a mera ciência dos atos administrativos é suficiente para a satisfação de uma justiça igual para todos, pois nem todos possuem condições de exercer a ampla defesa com todos os meios a ela inerentes. Por serem princípios característicos do processo, buscam um equilíbrio, uma paridade, entre a acusação e a defesa, assim como a publicidade dos atos processuais, nesse sentido ilustra José Afonso da Silva (2009, p. 155):

Embora esses princípios consubstanciem o processo acusatório – que se fundamenta na separação entre juiz e acusador, na paridade entre a acusação e a defesa, na publicidade dos atos processuais, num processo justo –, o juiz não pode ser inteiramente passivo, pois quem lida com a liberdade e a dignidade da pessoa humana há que se ter sensibilidade e equilíbrio bastante para buscar a verdade material e a realização da igualdade das condições dos socialmente desiguais, sem se transformar em juízo inquisitório, onde sua imparcialidade se perde e ganha o autoritarismo, contrário ao Estado Democrático de Direito.

Também ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho (2016, p. 301) que a ampla defesa é consagrada também nos Art. 41, incisos II, III e no §1º, também no art. 247 da Constituição Federal, como em outros dispositivos explícitos que cultivam o princípio fundamental no PAD. Em suma, no que tange à Ampla Defesa, pode-se resumir:

A defesa não garante somente o dizer contra ou a resposta perante a impugnação, mas também a acusação expressa, clara e minuciosa para possibilitar a defesa; o acompanhamento do processo e a ciência prévia do desenvolvimento das várias fases; o direito de indicar e ouvir testemunhas; requerer e ver efetivadas as provas, produzir alegações. (RODRIGUES, 1977, p. 708 *apud* BACELLAR F., 2016, 308)

No que diz respeito ao princípio do Contraditório, esse se distingue do princípio da Ampla Defesa, embora sejam complementares. Conforme o estudado no decorrer do trabalho, o processo para se distinguir do procedimento, o contraditório é o “divisor de águas”, sem o qual não há de se falar em processo.

Outrossim, a expressão que mais o expressa tradicionalmente é *audiatur et altera pars e nemo inauditus damnari potest*, ou seja, ninguém pode ser condenado sem ser ouvido em juízo (CARNELUTTI, 1958, *apud* DEMACÊNO, 2007, p. 98). E para ser ouvido em juízo é necessária a ciência bilateral das partes e da possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas. (DAMACÊNO, 2007, 89).

Ainda, para com a proposta do trabalho e o embate do STF e STJ acerca da inexigibilidade de advogado em PAD, cumpre atenção para o seguinte:

Com a observância do princípio do contraditório, pode-se colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente à parte mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos. (DEMACÊNO, 2007, p. 98)

É primordial, também, abordar de forma sucinta o princípio do Devido Processo Legal, considerado como a matriz de todos os demais princípios constitucionais em especial: o Contraditório e a Ampla defesa. Em síntese, o Devido Processo Legal é um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua “persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados” (ROCHA, 1997, p. 15). Como ilustra Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 15):

Um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhes são postos e um meio formal e previamente conhecido e reconhecido de viabilizar-se o questionamento feito pelo administrado. Pelo que, se nos seus primeiros momentos de concepção e aplicação, foi ele considerado como garantia formal tão-somente, assim não persistiu por largo período, passando-se a vislumbrar, posteriormente, a sua natureza de garantia substancial sem a qual o direito material reconhecido nos sistemas jurídicos não teria eficácia.

Ademais, Bacellar Filho (2016, p. 232-233) assevera que o devido processo legal se divide em sentido material – diz respeito ao conteúdo das regras processuais, claras, justas, racionais e razoáveis – e em sentido formal – relaciona-se às formalidades legais para a proteção dos direitos processuais inerentes àqueles do art. 5º, inciso LV, da CF: o Contraditório e a Ampla Defesa.

3 Viés histórico do poder disciplinar

A narrativa do poder disciplinar da administração pública não perpassa apenas a contemporaneidade, mas sim o tempo por meio de uma herança colonial refletida na outorga da primeira Carta Constitucional de 1824 após a independência do Brasil (SILVA, 1973, p. 197). Nesse viés imperial, no exercício do poder administrativo disciplinar, houve o mínimo possível de amparo à ampla defesa como é conhecida atualmente. Também, o modelo disciplinar, na época, era vinculado ao poder judiciário, poder moderador, dentre outros, o que foi fruto de fortes críticas, em virtude da desorganização de atribuições da administração, o que, por fim, cominou na posterior independência do poder disciplinar. Nesse sentido, ilustra o Visconde do Uruguai (1862, p. 185):

Sendo os agentes administrativos, agentes da administração a qual faz parte do Poder Executivo, he fora de duvida que he este quem os

deve nomear, quando são destinados a levar efeito atribuições relativas a negócios e interesses geraes.

Primeiramente porque esses agentes são os instrumentos da administração, e não deve ella ser privada de escolher os instrumentos, por meio dos quaes há de satisfazer a tarefa da qual he incumbida pelas leis.

Em segundo lugar porque he necessário que esses agentes estejam imbuidos do pensamento do governo e lhe sejam leaes. Não he possivel attingir bem esse fim não sendo taes agentes escolhidos e demittidos pela mesma administração cujos agentes são [sic].

Vislumbra-se que, na época, a crítica pairava sobre a ausência de delimitações do exercício dos poderes do Império, assim como a desorganização de atribuições, em como a administração não possuía uma autonomia plena nem para nomear nem para demitir (URUGUAI, 1862, p. 184-189). Atualmente, a grande discussão, como será abordado nos tópicos subseqüentes, ocorre entre a imensidão dos poderes da administração pública e a máxima efetividade do direito de defesa do servidor público acusado em processo administrativo disciplinar (MEIRELLES, 2016, p. 144-149).

Nessa seara, cabe ressaltar que o Visconde do Uruguai foi um dos, senão o principal, percussores do direito administrativo no Brasil, não somente pelas críticas à confusão da administração com a política, mas também pelas suas propostas. Contudo, uma dessas críticas reflete a atualidade brasileira no misto de inspirações do Direito estrangeiro; nesse sentido, cumpre a seguinte ilustração sobre o estudo do nascimento do direito administrativo no Brasil:

Mesmo naquilo em que via proveitosa inspiração no Direito estrangeiro, Uruguai apontava seus defeitos. O contencioso administrativo, de origem francesa, que implicava a retirada de competência do Poder Judiciário para decidir litígios envolvendo a administração pública, era, no Brasil, mais um caso de deturpação de uma boa ideia: a administração contenciosa era arbitrária, obscura e acessível a poucos e corajosos que se empenhavam em “desempoeirar maços de papel enormes, onde tudo jaz sepultado no pó do esquecimento. (HELLER, 2018, p. 02)

O contencioso administrativo, em síntese, é um sistema originário da França, foi fruto de influência da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, que consistia na separação da Justiça Comum da Administração através de dois tribunais, um de decisões judiciais e outro de administrativas, ambos submetidos ao Conselho de Estado (MEIRELLES, 2016, p. 55).

Para compreender a evolução do trato aos princípios do processo administrativo disciplinar deverá, também, ser observada a construção destes no âmbito internacional. Nesse sentido, ilustra Romeu Bacellar: a construção do princípio da presunção de inocência no mundo, em especial, em decorrência da Revolução Francesa, que consagrou, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, como direito fundamental (BACELLAR FILHO, 2013, p. 368). Conforme foram observados pelo

Visconde do Uruguai, embora sob influência da revolução francesa, os direitos consagrados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão eram deturpados na monarquia.

No decorrer do tempo, nas primeiras constituições republicanas, não houve significativos avanços no poder administrativo disciplinar, contudo houve inúmeras transformações no que se refere à delimitação dos poderes (ARAÚJO, 2007, p. 145-149). Ademais, a concepção de processo administrativo prévio, como é feito atualmente, para aplicação de penalidades aos “servidores permanentes” do Estado ocorreu de forma ilustrativa, com o Estatuto de 1939 (BRASIL, 1939), que fez uma alusão à disposição constitucional do art. 169 da Carta anterior à vigente (Constituição Polaca) na época que consagrou o termo “plena defesa” e não “ampla defesa”, *in verbis*:

Art. 169 da Constituição brasileira de 1934: “Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada plena defesa”. (BRASIL, 1934).

Incorre que, embora o Estatuto de 1939 fosse um esboço do Processo administrativo disciplinar como nos dias de hoje, o seu contexto era autoritarista, por meio da Constituição Polaca de 1937 outorgada por Getúlio Vargas, restringiu algumas garantias outrora ampliadas na Carta de 1934.

Após a Segunda Guerra Mundial e com o fim definitivo da Era Vargas, o Brasil firmou um pacto constitucional que trouxe inúmeros avanços democráticos e de direitos e garantias individuais. Mas não contemplou explicitamente o princípio da presunção de inocência, o que não implicou aceitação implícita em virtude da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, à qual o Brasil aderiu, o que contribuiu para o avanço dos direitos fundamentais no processo administrativo disciplinar (BACELLAR FILHO, 2016, p. 367-368).

Como ilustra Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 16), foi somente nesta Constituição (1946) em que foram retomados os princípios coerentes com a ordem democrática, que reestabeleceu e inaugurou termos como:

Em seu art. 141, §§ 25 a 27, que: “§ 25) É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória; § 26) Não haverá foro privilegiado nem juízos e tribunais de exceção; § 27) Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

A primeira vez em que foi mencionada a expressão “ampla defesa”, em sede administrativa disciplinar, somente ocorreu em 1952 (BRASIL, 1952), assim a doutrina da época usa termos para referirem ao estatuto como um “código de defesa do

funcionário público” (TÁCITO, 1953, p. 4). Por outro lado, embora a legislação se valesse de termos para se referir ao amplo direito de defesa, é claro, que, para a época, pouco direito era de fato exercido.

Mas não há como negar a semelhança do processo administrativo disciplinar da época com o que é exercido atualmente. Nesse sentido, ilustra José Duarte, o Estatuto de 1952 como uma conquista secular:

A lei brasileira procurou contornar várias dificuldades de ordem prática e pontos de dúvida que assaltavam o problema. O art. 217 do Estatuto traça um processo, que assegura a observância de todos os princípios de imparcialidade e de justiça e desvaneceram-se as *rationes dubitandi* no que se referia ao âmbito da defesa, que é a mais ampla possível, com o direito que emana dos arts. 223 e 230 [sic]. (DUARTE, 1957, p. 25)

Êsse retrospecto tem por escopo demonstrar que através de lutas incessantes, e durante um século, os funcionários públicos propugnaram em favor de um regime jurídico compatível com a própria dignidade humana, que não poderia ser subestimada pelo só fato de o indivíduo ser um servidor do Estado onipotente [sic]. (DUARTE, 1957, p. 8)

O Estatuto de 1952 serviu de inspiração a diversos outros posteriores, principalmente no que se referia à obrigatoriedade de processo administrativo disciplinar precedente às sanções estipuladas, o direito de defesa do acusado, a realização por uma comissão composta por 03 (três) funcionários públicos, a citação para apresentação de defesa, a possibilidade de revisão a qualquer tempo da decisão e o recurso administrativo (CABRAL; CANGUSSU, 2011).

Também, a legislação possuía inúmeros aspectos “modernos”, que somente houve uma variação significativa do exercício do poder disciplinar em 1967, no regime militar, que trouxe a disposição na própria Constituição sobre a demissão de funcionários estáveis – através do processo administrativo disciplinar – a possibilidade de reintegração após sentença judicial favorável – e a figura da ação regressiva contra funcionário que causou danos a terceiros (BRASIL, 1967).

Com o advento da Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 01 de 1969, o STF interpretou o termo “acusado” como restrito ao processo penal, de maneira que, no âmbito administrativo disciplinar, não haviam acusados, logo não havia de se falar em exercício da ampla defesa, o que deveria ser pleiteado na esfera judicial. Essa interpretação não perdurou por muito tempo; com forte crítica dos principais juristas da época como Pontes de Miranda, o STF rapidamente voltou em seu posicionamento (BACELLAR FILHO, 2016, p. 304).

Em 1988, a Constituição Cidadã, de maneira semelhante à Constituição anterior, abordou em seu texto acerca do contencioso administrativo, contudo o inseriu como mero procedimento de controle interno da Administração. Outrossim, a Carta Magna ampliou a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais; como consequência dessa ampliação, não é mais necessário exaurir as vias administrativas para o pleito judicial,

de modo a extinguir os abusos decorrentes dos órgãos de contenciosos administrativos (SAKAI; SAKAI, 2011).

Também, a Constituição Cidadã estabeleceu, em seu art. 39, a competência da Administração Direta de elaborar os próprios regimes jurídicos e planos de carreira para os seus servidores e os de suas autarquias e fundações públicas (BRASIL, 1988). Assim foi criada a Lei nº, 8.112 de 1990 (BRASIL, 1990), que dispôs sobre o regime jurídico dos servidores da União, o qual trouxe inovações no Processo administrativo disciplinar e disposições inspiradas desde os primeiros estatutos.

Dessa feita, a Lei nº. 8112/90 trouxe uma previsão de que, embora prevista, mas não de fato exercida, no Estatuto de 1939, é de suma importância para a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Trata-se da garantia de defesa, ainda que sob revelia, mas com essa previsão e a competência dos demais entes federativos para legislar sobre a matéria, possibilitou uma relativa alteração, omissão ou incorreta aplicação de inúmeros dispositivos inerentes a preceitos constitucionais.

Com o passar do tempo, discussões se desdobraram em torno dos diversos estatutos criados e da forma como o poder disciplinar é exercido, em especial no tocante ao exercício dos direitos fundamentais à Ampla Defesa, ao Contraditório, ao Devido Processo Legal e aos princípios do art. 37, *caput*, da CF/88. Para o STJ e grande parte da doutrina, a solução de diversos empecilhos ao pleno exercício dos Direitos Fundamentais em processo administrativo disciplinar seria por meio da obrigatoriedade da presença de advogado nos atos, pois é o profissional capaz juridicamente de representar o servidor público acusado (MEROLA, 2020).

Nesse sentido, o STJ em 2007 e os Ministros, em referência aos arts. 153, 163 e 164 da Lei nº. 8.112/90 manifestaram-se sobre a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar (BRASIL, 2007). Em resposta, o STF, no ano seguinte, publicou a Súmula Vinculante nº. 05, que dispõe sobre a constitucionalidade da ausência de defesa técnica constituída por advogado em processo administrativo disciplinar (BRASIL, 2008).

Esse emblemático embate entre o STJ e o STF rendeu inúmeras discussões doutrinárias e dentro dos próprios tribunais em que se encontra em pauta até os dias de hoje, conforme será observado nos capítulos subsequentes.

A doutrina favorável ao STJ e a favorável ao STF têm argumentos indubitáveis e pertinentes. Nesse sentido, afirmam Fernando Gonzaga Jayme e Cirilo Augusto Vargas (2018, p. 4) que, na edição da Súmula Vinculante nº 05, o STF rompeu não somente com o tribunal responsável para uniformizar a interpretação da lei federal, como também com os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, além de um empecilho histórico tendente à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

4 O embate entre o STJ e o STF

Conforme o decorrer deste estudo, observa-se que o direito administrativo disciplinar transcendeu uma era de completo desprezo ou ausência dos Direitos Fundamentais para uma era de prestígio das mais variadas garantias. Apesar disso, no

que tange ao Processo administrativo disciplinar, existe o embate sobre a constitucionalidade da ausência de defesa técnica por advogado.

Inicialmente, a concepção adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua competência constitucional, possuía a seguinte interpretação acerca do tema:

O princípio da ampla defesa aplica-se ao processo administrativo, mas isso não significa que o acusado deve, necessariamente, ser defendido por advogado. Ele mesmo pode elaborar sua defesa, desde que assim queira. No caso, o acusado não constituiu advogado até a fase de alegações finais, por opção própria, mesmo porque bacharel em direito. O que importa é a oportunidade de ampla defesa assegurada. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9076/SP*. 6a Turma. Rel. Min. Fernando Goncalves. j. 16-12-1999. Unanime. DJU, 21-2-2000. p. 189)

Por conseguinte, o mesmo tribunal deu por modificado através da Súmula nº. 343, a qual considerou obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo. Interpretação que é a mais ampliativa de direitos fundamentais, consagrada como um avanço jurisprudencial na efetivação dos postulados constitucionais, da ampla defesa e do contraditório (BACELLAR FILHO, 2016, 319).

Apesar desse grande avanço hermenêutico, no ano seguinte, em 2008, o Supremo Tribunal Federal concebeu um posicionamento restritivo de direitos fundamentais no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 434.059-3/DF. Isto é, foi acatada a tese sobre a não ocorrência de cerceamento de defesa em virtude da ausência de defesa técnica por advogado em Processo administrativo disciplinar, *ipsis verbis*:

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar [...]. (BRASIL. STF. RE 434059, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008)

Pelo precedente acima, dentre outros, fora editado a Súmula Vinculante nº. 05 em 07 de maio de 2008 com a seguinte redação: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2011, p. 1907). Todavia, a própria redação da Súmula Vinculante possui sentido diverso a *ratio decidendi* do próprio precedente.

Enquanto o Ministro Gilmar Ferreira Mendes elenca, que, para que não haja cerceamento de defesa, o acusado deverá ter direito à informação, à oportunidade de manifestação e à consideração dos argumentos manifestados, a Súmula Vinculante nº. 05 elenca, simplesmente, que a ausência de defesa técnica por advogado não é inconstitucional. Ora, se os argumentos suscitados em sede recursal abrangem tão

somente o cerceamento de defesa decorrente, de maneira análoga ao Processo Civil, aos efeitos da revelia, por qual motivo se fala sobre a constitucionalidade da ausência de defesa técnica por advogado em toda e qualquer hipótese?

Se ciente de todas as imputações o acusado abre mão de sua defesa, por própria opção, ciente das consequências, dos efeitos, das acusações, dentre outros, não restam dúvidas de que a opção mais correta pelo judiciário seria a interpretação no sentido da constitucionalidade da aplicação dos efeitos da revelia, análogos ao Processo Civil, e não a abstração hermenêutica de uma situação *sui generis*. Nesse sentido, Romeu Bacellar Filho (2016, p. 319) caracteriza a decisão recursal como dubitável, uma reprovação explícita da própria Carga Magna:

Desprestígio às conquistas da doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar, suscitando repercussões negativas em todas as esferas da administração pública brasileira e autorizando solenemente a violação de direitos fundamentais do cidadão até então reconhecidos pela jurisprudência pátria.

Nesse sentido, não tardou o pedido de cancelamento de súmula vinculante – posteriormente elevado à Proposta de Súmula Vinculante nº 58 – pela Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, inúmeros e indubitáveis argumentos confrontaram a decisão do tribunal, dos quais cabe ressaltar o voto do Ministro Celso de Mello:

Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe ao Advogado neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.

O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado, desse modo, constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL. STF. *PSV* nº. 58, Voto Min. Celso de Mello, 2016, p. 09)

Outrossim, de encontro ao voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 434.059-3/DF, é possível combater todos os argumentos apresentados no que diz respeito à constitucionalidade da ausência de defesa técnica por advogado. O Ministro apresenta, em síntese, os seguintes argumentos e condições para que caracterize o exercício da Ampla Defesa e do Contraditório: I – se for garantido o acesso à informação, comunicação processual, manifestação e

consideração; II – a exigibilidade de defesa técnica dependerá da complexidade da questão; e III – o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CRFB/88), sendo assim considerada apenas a função jurisdicional (BRASIL. STF. RE 434059, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008).

Segundo Vinícius Cruz Leão, o primeiro argumento não prospera, ainda que fundamentado nas interpretações da Corte Alemã; não basta e nunca bastou que sejam apreciados somente esses elementos, ou seja, deverão estar presentes todos os desdobramentos da ampla defesa para que esta esteja presente, ressalta-se que a defesa técnica é um destes. O segundo, também não prospera, pois não há pormenorização jurisprudencial, doutrinária ou legislativa que determine o que é alta ou baixa complexidade, o que dependerá de uma análise subjetiva e não uma abstração como feito. Por fim, o terceiro também não possui fundamento, pois é fruto de uma interpretação literal do art. 133 da Constituição Federal e restritiva de direitos (LEÃO, [2016?]).

A defesa técnica é um elemento intrínseco do princípio da ampla defesa e seus desdobramentos, sem a qual não há de se falar em processo, mas sim em procedimento (BACELLAR FILHO, 2016, p. 318). Apesar disso, o Supremo Federal se afastou de todas as conquistas fundamentais e retornou o direito administrativo disciplinar aos anos da primeira metade do século XX.

Não há respostas satisfatórias do STF às diversas indagações doutrinárias acerca da Súmula Vinculante nº 05. Nesse sentido, cumpre ilustrar o trecho evasivo da obra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e do Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 486-487). No subtítulo “ampla defesa e contraditório no processo administrativo disciplinar”, apenas escreveram o seguinte:

É pacífica a orientação jurisprudencial quanto à ampla aplicação do postulado do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos administrativos disciplinares.

Inicialmente, cabe destacar que o Tribunal tem assentado que a capitulação do ilícito administrativo não pode ser demasiadamente aberta, ou genérica, a ponto de impossibilitar a efetividade do exercício do direito de defesa.

No tocante à fase instrutória, tem-se afirmada que a recusa da reinquirição de testemunha configura lesão ao princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV.

Por fim, assinala-se que, nos termos da Súmula Vinculante n. 5, “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Enquanto o Ministro se limitou a transcrever quatro parágrafos sobre a Súmula Vinculante que ele mesmo liderou, de maneira prestigiosa, alguns órgãos correccionais são exemplos de maior zelo com as situações *sui generis*, ao restringir, dentro de sua esfera de conveniência e oportunidade, a aplicação da Súmula Vinculante nº 05. Nesse sentido, a Corregedoria-Geral da União e a Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2019, p. 140) implementam e difundem a interpretação conforme o caso, *in verbis*:

Deste modo, diante de um caso excepcional, a comissão deve ter sensibilidade e, se for o caso, providenciar ao acusado defesa técnica. Isso pode dar-se de duas formas: quando o próprio acusado se manifesta nesse sentido perante a comissão, alegando e provando que são lhe imputados fatos dos quais ele sequer consegue se defender – tendo em vista, por exemplo, a complexidade técnica envolvida –; ou quando o acusado apresenta sua defesa e esta é inepta.

Destaca-se que a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer Vinculante CQ-12, instrui que as comissões condutoras dos processos administrativos disciplinares sejam, preferencialmente, constituídas por bacharéis em Direito (AGU, 1994). Embora a data do parecer seja de 1994, este procura complementar o art. 149 da Lei nº. 8112/90, que somente determina que os servidores componentes da comissão deverão ser estáveis e que dentre eles haja um presidente de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, escolaridade igual ou superior ao do acusado (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, afirma-se cabalmente que o parecer vinculante possui como escopo melhor assegurar os direitos fundamentais. Por outro lado, a depender da situação, a desproporcionalidade de um simples agente público frente a um Estado que, ao mesmo tempo acusa e julga, se agravará, caso este possua uma comissão composta por juristas contra um agente leigo.

Por fim, afirma Bacellar (2007, p.14) que a defesa técnica é um núcleo processual obrigatório, inerente e caracterizador do princípio da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Somente é exercido, efetivamente, conforme o caso, por aquele que melhor compreende e homenageie a complexidade, a aplicação e a extensão dos direitos fundamentais: o advogado.

5 Conclusão

Em virtude do que foi exposto, observa-se que o estudo do direito administrativo disciplinar apresenta uma construção histórica, uma raiz complexa que passou por inúmeras transformações desde a independência do Brasil. São modificações das quais surgiu o processo administrativo disciplinar – processo e não procedimento. Processo, pois há a presença do contraditório, da ampla defesa e dos meios e recursos a ela inerentes, sem a qual, não há de se falar em um ato justo, mas sim em ato arbitrário, como concebido nos primeiros anos da República. Ainda, é possível afirmar que o direito administrativo disciplinar tem uma dimensão substancial, quando versa sobre as hipóteses tipificadas como ilícitos administrativos e as penas respectivas, assim como possui dimensão processual, referente às formalidades inerentes à apuração de determinado fato. Por sua vez, é este o processo administrativo disciplinar: é o instrumento pelo qual se exterioriza o direito.

A construção da ampla defesa no processo administrativo disciplinar foi uma conquista prestigiada pela doutrina brasileira nos mais diferentes aspectos, prestigiada

até mesmo pela Constituição Federal, o que elucida o seu aspecto primordial anterior a qualquer sanção disciplinar dos agentes da administração pública.

Apesar disso, inúmeros questionamentos surgiram com a Promulgação da Constituição Cidadã, que, embora, trouxera inúmeros direitos fundamentais inovadores, o direito administrativo disciplinar ainda não estava em sintonia. Como consequência, fora elaborado o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – Lei nº. 8112/90.

É evidente que a Lei nº 8112/90 foi um grande avanço, contudo surgiram inúmeras discussões acerca do exercício do poder disciplinar, principalmente a omissão legislativa acerca da obrigatoriedade de advogado. Diante disso, o STJ, em um primeiro momento, opinou pela desnecessidade de constituição de defesa por advogado. Contudo, em um segundo momento, através da Súmula nº 343, o tribunal determinou pela obrigatoriedade do profissional em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Incorre que, de maneira controversa aos próprios precedentes, o STF editou a Súmula Vinculante nº 05, de maneira abstrata, determinando a constitucionalidade da ausência de defesa técnica por advogado. Nos votos dos relatores, foram suscitadas algumas condições condicionais para a aplicação da Súmula Vinculante; esta foi editada de maneira geral, sem nenhuma condição.

Ademais, a decisão lavrada pelo STF, por sua vez, rendeu inúmeras críticas doutrinárias e embates entre esse e o STJ. Por fim, conclui-se que são discussões ainda não solucionadas e em constante desenvolvimento como se observa nos manuais práticos da Corregedoria-Geral da União, que estabelece critérios para melhor tutela dos direitos fundamentais.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n.º 50, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 30, p. 11-27, out./dez. 2007.

BARRETO, Carolina Pereira. **O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar**. 140 f. (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer AGU N° GQ-12**. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:parecer:1994-01-24:gq-12>. Acesso em: 1º ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9076/SP**. 6ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 16-12-1999. Unanime. DJU, 21-2-2000. p. 189.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante n.º 58**. Solicitante: Ordem dos Advogados do Brasil. Solicitado: Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de nov. de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PSV58Voto.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 434.059-3**. Recorrentes: União e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 07 de jun. de 2008, publicado no DJE nº 172.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939**. Processo Administrativo. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1713-28-outubro-1939-411639-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952**. Processo administrativo e sua revisão. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1711-28-outubro-1952-367357-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 343**. 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº. 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Brasília, DF: STF, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 22 abril 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 16 De Julho De 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1967**. Art. 103-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. **A Revolta da Chibata e a evolução do processo administrativo disciplinar no Brasil no século XX**. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19845/a-revolta-da-chibata-e-a-evolucao-do-processo-administrativo-disciplinar-no-brasil-no-seculo-xx>. Acesso em: 09 jun. 2020.

CAETANO, Marcelo. **O poder disciplinar**. Lisboa: [s.n.], 1932.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-reitoria de Ensino Pesquisa e Extensão. **Manual para Normalização de Trabalhos Acadêmicos / Centro Universitário de Patos de Minas**. 5. ed. Patos de Minas: UNIPAM, 2018.

LEÃO, Vinícius Cruz. **A indispensabilidade do advogado no Processo Disciplinar Administrativo: Súmula 343 STJ x Súmula Vinculante nº 5 STF**. [S.i.], Porto Alegre: LEX Editora S.A, [2016?].

DAMACÊNO, Régina Mágnã. **O devido processo legal e sua realização no Processo Administrativo**. 138 f. (Dissertação de Mestrado em Direito). Centro Universitário Fieo, Osasco, 2007.

DUARTE, José. **O Poder Disciplinar**. 1957. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/17506/16254>. Acesso em 09 jun. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Do direito de defesa em inquérito administrativo**. [S.i.:s.n.], 1991.

HELLER, Gabriel. Visconde do Uruguai e o nascimento do Direito Administrativo no Brasil. **O Estado de São Paulo**, 27 mar. 2018.

JAYME, Fernando G.; VARGAS, Cirilo A. **Súmula Vinculante nº 5 do STF e o indevido Processo Administrativo Disciplinar**. n. 11. Recife: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEROLA, Sérgio. **O poder de uma procuração para mudar a história de um PAD**. 2020. Disponível em: <https://sergiomerola85.jusbrasil.com.br/artigos/816632935/o-poder-de-uma-procuracao-para-mudar-a-historia-de-um-pad>. Acesso em: 10 jun. 2020.

NEVES, Ana Fernanda. **Direito Disciplinar da função pública**. 810 f. (Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2007.

REIS, Ludmila Costa. **Processo coletivo extrajudicial: a construção de consensos em conflitos coletivos como instrumento de controle de políticas públicas**. 238 f. (Tese de Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2018.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997.

SAKAI, Mariana Katsue; SAKAI, Ana Maria Ottoni. **Evolução do Processo Administrativo Disciplinar**. [S. I.:s.n.], 2011.

SILVA, Jose Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

SILVA, Domingos Carvalho da. O servidor público na legislação do Primeiro Reinado. **Revista do Serviço Público**, v. 108, nº 1, 1973.

TÁCITO, Caio. **O Estatuto de 1952 e suas inovações**. [S.i.:S.n.]. 1953.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Tomo I, 1862.

VIEIRA, Rubens Carlos. **Direito de Ciência da imputação no Processo Administrativo Disciplinar**. 153 f. (Dissertação de Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.