

ISSN 2526-2114 (ONLINE)

Jurisvox



Revista Jurídica do Centro Universitário de
Patos de Minas

VOLUME 23, DEZ. 2022

JURISVOX

Revista do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM | Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor

Henrique Carivaldo de Miranda Neto

Pró-reitora de Ensino, Pesquisa e Extensão

Maria Marta do Couto Pereira Rodrigues

Pró-Reitor de Planejamento, Administração e Finanças

Pablo Fonseca da Cunha

Coordenadora de Extensão

Adriana de Lanna Malta Tredezini

Diretora de Graduação

Mônica Soares de Araújo Guimarães

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-

Annual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Annual: 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

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

Volume 23, dez. 2022

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, v. 23, dez. 2022: 1-169



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

Guilherme Caixeta Borges (UNIPAM)

Conselho Editorial Interno

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Correa Solis Neves (UNIPAM)
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães (UNIPAM)
Luiz Henrique Borges Varella (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

Geovane Fernandes Caixeta
Gisele Carvalho Araújo Caixeta
Rejane Maria Magalhães Melo

Diagramação e Formatação

Lorrany Lima Silva

Sumário

A desobediência civil como condição para o exercício efetivo do direito de greve.....	07
Ana Beatriz Antunes Borges Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães	
A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os métodos de anteparo ao estado democrático de direito diante do comportamento decorrente da era digital.....	28
Maira Oliveira Braga Helen Corrêa Solis Neves	
A transmissão dos julgamentos pelas Cortes Supremas e a influência na cognição judicial.....	51
Luciana Cecília Morato Júlia Vieira Firmino	
Autonomia das ciências jurídicas: proposta de um critério segundo o jusnaturalismo tomista.....	64
Carlos Eduardo Schimerski dos Santos	
Bens de capital essenciais à Recuperação Judicial.....	77
Simara Cristina Ferreira Goularte Samir Vaz Vieira Rocha	
Cartas psicografadas como meio de prova no Tribunal do Júri.....	94
Brenda Évellyn Santos Renato de Souza Nunes	
Direito e Literatura: reflexões sobre o Princípio da Presunção de Inocência a partir da comédia grega “As Vespas”, de Aristófanes.....	115
Ana Laura de Melo Ribeiro Helen Solis Correa Neves	
Flexibilização do intervalo intrajornada pós-reforma trabalhista: impactos na saúde do trabalhador.....	131
Antônio Augusto Melo Vieira Virgínia Lara Bernardes Braz	
Inquirição judicial de crianças e adolescentes: posicionamentos sobre o procedimento depoimento especial.....	147
Gabriella Rocha de Araújo Patrícia de Fátima Pantaleão	

A desobediência civil como condição para o exercício efetivo do direito de greve

Civil disobedience as a condition for the effective exercise of the right to strike

ANA BEATRIZ ANTUNES BORGES

Discente do curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: anabeatrizanborges@hotmail.com

GABRIEL GOMES CANÊDO VIEIRA DE MAGALHÃES

Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: gabrielgcvm@unipam.edu.br

Resumo: De acordo com a Constituição Federal de 1988, o direito de greve é considerado um direito fundamental e, como tal, deve ser garantido. Ocorre que, por necessitar de regulamentação, conforme preceitua o texto constitucional, esse direito acaba por sofrer limitações através de dispositivos infraconstitucionais, esvaziando seu próprio sentido. Por esse motivo, o presente estudo objetiva analisar se a desobediência civil, instituto amplamente utilizado ao longo da história como instrumento no processo de afirmação de direitos, é um meio legítimo e necessário para a efetivação do direito fundamental de greve. A metodologia adotada foi a pesquisa teórica, pautando-se no método dedutivo e utilizando como técnica a revisão bibliográfica de monografias, manuais acadêmicos, artigos científicos e legislação pertinente.

Palavras-chave: Direito de greve. Efetivação. Desobediência Civil. Direito de resistência.

Abstract: According to the Federal Constitution of 1988, the right to strike is a fundamental right and should be guaranteed. However, because it needs regulation, as provided in the constitutional text, this right ends up suffering limitations through infra-constitutional devices, emptying its very meaning. For this reason, the present study aims to analyze whether civil disobedience, an institution widely used throughout history as an instrument in the asserting rights process, is a legitimate and necessary means for the fundamental right to strike enforcement. The methodology adopted was theoretical research based on the deductive method and used as a technique for the bibliographic review of monographs, academic textbooks, scientific articles, and pertinent legislation.

Keywords: Right to strike. Effectiveness. Civil disobedience. Right of resistance.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais fundamentais foram assegurados no texto da Constituição Federal de 1988, frutos do processo de redemocratização do Brasil após o golpe militar de 1964, destacando-se, entre eles, o direito de greve. No entanto, em que pese ser garantido constitucionalmente, percebe-se, na atualidade, a crise em sua efetivação,

tornando-se necessário o estudo de mecanismos auxiliares no combate à violação do referido direito.

Isso porque os governos, adotando tendências neoliberais, têm criado mecanismos repressores, instituídos através da legislação infraconstitucional, aos trabalhadores que exercem o direito de greve, como a necessidade de negociação prévia, os calendários de reposição e os descontos nas folhas de pagamento ocasionados pela autorização legal da suspensão do contrato de trabalho no período de exercício da greve, previsto nos artigos 3^º e 7^º da Lei n. 7.783/89². Assim, é evidente que esses mecanismos atuam como meios de constrangimento ao empregado, levando-o, muitas vezes, ao comparecimento forçado ao ambiente de trabalho, frustrando o movimento grevista e, por conseguinte, esvaziando o próprio direito de greve.

Nesse sentido, considerando a máxima de que todo poder emana do povo, conforme disposto no parágrafo único do artigo 1^º da Carta Magna³, cabe a ele, como seu detentor legítimo, exercer o direito de resistência através da desobediência civil, importante ferramenta utilizada desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para opor-se a todas as formas de ilegitimidade e posicionar-se em defesa de direitos fundamentais, insurgindo-se contra lei injusta.

Por esse motivo, o presente estudo pretende analisar a desobediência civil, instituto amplamente utilizado ao longo da história no processo de afirmação de direitos, como um meio legítimo e necessário para a efetivação do direito fundamental de greve. Isso porque tal instituto caracteriza-se pelo descumprimento de uma lei, como forma de protesto, por considerá-la injusta, se conectando substancialmente com a ideia que permeia o direito de greve, que é considerado a suspensão coletiva, temporária e pacífica da prestação pessoal de serviços, como forma de alcançar, efetivamente, direitos e, na grande maioria das vezes, combater normas e condições que os restrinjam.

Para desenvolver a temática a que se propõe este ensaio, será necessário estudar as principais considerações acerca da norma jurídica visando compreender como a desobediência civil, que trata do não cumprimento legítimo de uma norma, pode auxiliar na concretização de um direito fundamental, bem como o conceito, os aspectos históricos e a relação da desobediência civil com processo de afirmação de direitos. Também cumpre analisar o conceito, os avanços históricos e os principais contornos do direito fundamental de greve, a fim de possibilitar a associação entre ambos.

¹ Art. 3^º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.

² Art. 7^º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

³ Art. 1^º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso).

Ademais, a pesquisa teórica será desenvolvida com a utilização do método dedutivo-bibliográfico, efetuando análises e verificações sobre o tema e será realizada com base em materiais já publicados, como artigos científicos e obras jurídicas nacionais e internacionais constantes de livros, periódicos e doutrinas próprias à dogmática jurídica. Além disso, a pesquisa também será documental, vez que serão analisados documentos normativos que dizem respeito à desobediência civil e ao direito de greve.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NORMA JURÍDICA

Sabe-se que o direito brasileiro adota o sistema do civil law, que se origina do direito romano e tem como principal característica a utilização de normas escritas como uma fonte do direito. Nesse sentido, antes de adentrar a temática a que se propõe o ensaio, faz-se necessário estudar as principais considerações acerca da norma jurídica para que seja possível compreender como a desobediência civil, que consiste no não cumprimento público e pacífico de determinada norma, pode contribuir para a efetivação de um direito garantido constitucionalmente.

Por oportuno, traz-se à colação os judiciosos ensinamentos de Reale (2002, p. 95), de quem se colhe seguinte lição: “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposital enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. Em outras palavras, a afirmação do renomado autor quer dizer que a norma jurídica é um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos, pessoas jurídicas ou demais entes.

A norma jurídica se comporta como gênero e possui duas espécies, quais sejam, os princípios e as regras. Os princípios, de acordo com Reale (2002, p. 305 *apud* SILVA, 2018, *online*) “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua integração e compreensão, quer para a elaboração de novas normas”. Por sua vez, as regras, conforme explica Dworkin (1999, p. 64 *apud* SILVA, 2018, *online*), “são aplicáveis desde que os pressupostos de fato aos quais se refira se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada”. Outrossim, vale ressaltar que o presente estudo terá enfoque na desobediência de normas-regra, o que é manifesto de acordo com a sua própria conceituação.

Notável contribuição ao esclarecimento do assunto se deve ao importante jurista e filósofo Hans Kelsen, responsável pelo desenvolvimento da teoria que mais tarde tornou-se conhecida como “Pirâmide de Kelsen”, na qual pretendia explicar a hierarquia existente entre as normas jurídicas. Assim, para ele, o texto constitucional tem valor normativo supremo, devendo todas as demais leis do ordenamento jurídico derivarem da Constituição, vez que ela emana do Poder Constituinte Originário que, de acordo com o autor, expressa o máximo grau de Soberania Nacional por instaurar originariamente o modelo de Estado e a ordem jurídica da sociedade, rompendo com a anterior.

O sistema jurídico piramidal desenvolvido por Kelsen, pautado na ideia de escalonamento normativo, e utilizado até os dias atuais, objetiva, principalmente, evitar o conflito entre diferentes espécies de normas que regem o ordenamento jurídico. Nessa

acepção, uma lei infraconstitucional jamais poderia ser superior ou ir contra uma determinação estabelecida na Constituição Federal.

Diante do exposto, é manifesto que, por estar o direito de greve inserido na Carta Magna de 1988, mais especificamente em seu artigo 9º, deve-se preconizar seu alcance e sua efetivação, considerando a soberania das normas constitucionais. Nesse diapasão, levando em consideração a hierarquia das normas, Silva (2007, p. 273-274) salienta que:

A Constituição assegura o direito de greve, por si própria (art. 9º). Não o subordinou a eventual previsão em lei. É certo que isso não impede que lei defina os procedimentos de seu exercício, como exigência de assembleia sindical que a declare, de quorum para decidi-la e para definir abusos e respectivas penas. Mas a lei não pode restringir o direito mesmo, nem quanto à oportunidade de exercê-lo nem sobre os interesses que, por meio dele, devem ser defendidos. Tais decisões competem aos trabalhadores, e só a eles (art. 9º). Diz-se que a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir deverá ser de proteção do direito de greve, não deve ir no sentido de sua limitação, mas de sua garantia e proteção.

Todavia, embora todo o exposto acima demonstre que qualquer lei que venha a existir deverá ser de proteção do direito de greve e não deve ir no sentido de sua restrição, existem normas infraconstitucionais que contém alguns dispositivos limitadores do exercício da greve.

Nesse cenário, torna-se necessário o estudo de mecanismos que possam auxiliar na efetivação desse direito. Assim, considerando a máxima de que todo poder emana do povo, conforme disposto no parágrafo único do artigo 1º da Carta Magna, cabe a ele, como seu detentor legítimo, exercer o direito de resistência através da desobediência civil, insurgindo-se contra lei injusta responsável por restrições ao direito de greve.

Vale ressaltar que isso apenas é possível porque a norma jurídica além de possuir o aspecto legal, deve ser legítima, ou seja, a norma não só deve entrar em vigência após ser estabelecida por órgão competente e passar pelo processo legislativo adequado à sua elaboração, mas também deve atender os preceitos inerentes a consciência coletiva social para que alcance efetividade. Sobre isso, dispõe Reale (2016, p. 112-113):

Temos o hábito de confundir facilmente o Direito com a lei. O Direito legislado, ou seja, elaborado pelo Congresso e sancionado pelo Poder Executivo, é um direito de tal natureza que a muitos parece ser-lhe bastante o requisito da vigência. Ocorre, todavia, que os legisladores podem promulgar leis que violentam a consciência coletiva, provocando reações por parte da sociedade [...]. O Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se

integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Assim, em outras palavras, de acordo com Habermas (1994, p. 58 *apud* LUCAS, 2001, p. 48), a legitimidade não se reduz à legalidade, não podendo o Estado exigir do cidadão obediência jurídica incondicional, devendo ele reconhecer as violações legais da legitimidade, o que enseja a desobediência civil.

3 DO DIREITO DE GREVE

Sabe-se que o direito de greve é, desde seu surgimento, de extrema relevância para a conquista da emancipação dos trabalhadores, vez que tem como principal finalidade a busca por melhores condições de trabalho. No entanto, por se tratar de um meio para o alcance de reivindicações que, na maioria das vezes, vão contra os interesses dos empregadores, estes têm criado mecanismos repressores aos que exercem o referido direito, esvaziando o direito de greve, conforme restará demonstrado no presente capítulo.

3.1 CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE GREVE

A greve, de acordo com Paul Duran (LAVOR, 1996, p. 14-15 *apud* LEITE, 2020, p. 894), pode ser conceituada como “toda interrupção do trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar o conjunto ou a uma parte do pessoal e que encontra adesão dentro de um grupo suficientemente representativo da opinião da classe trabalhadora”.

Embora o conceito supracitado seja amplo e completo, o legislador optou por definir a greve de maneira diversa no artigo 2º da Lei nº 7.783/89, responsável por regulamentar o artigo 9º da Constituição Federal, considerando-a como “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviço a empregador”.

Ocorre que a acepção legal do instituto em análise, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é responsável pela limitação no alcance desse direito, vez que o legislador impôs requisitos para que o seu exercício fosse considerado legítimo. Nesse sentido, (MONTEIRO FERNANDES, 1982, p. 17 *apud* LEITE, 2020, p. 897), frisando a opção de Portugal pelo silêncio legal sobre a definição da greve, afirma que “definir greve – dir-se-á – é sempre restringir o direito de greve”.

Vale salientar, contudo, que a greve nem sempre foi considerada um direito. Ao longo da história, diversos fatos revelaram a origem precoce dos movimentos coletivos dos trabalhadores, como a Lei Le Chapelier, de 1791, e o Combination Act, de 1799 e 1800; no entanto, a greve, propriamente dita, nos moldes como é conhecida atualmente, surgiu a partir do regime de trabalho assalariado, fruto da Revolução Industrial, atribuindo-se, conforme ensina Leite (2020, p. 891-892), aos movimentos sindicais ingleses o marco inicial da história da greve.

No Brasil, assim como ocorreu na maioria dos países, após seu surgimento, a greve foi considerada por muito tempo um delito, posteriormente uma liberdade e, apenas após ampla luta social, foi considerada um direito.

Nesse sentido, vale destacar que o direito, como fenômeno histórico, está essencialmente ligado às circunstâncias políticas, econômicas e sociais que caracterizam a sociedade em determinado momento. Por esse motivo, a própria evolução histórica da greve demonstra sua íntima ligação com o sistema político adotado. Assim sendo, Romita (1989, p. 242-248 *apud* LEITE, 2020, p. 898) observa que:

- a) greve-delito – concepção paternalista e autoritária do Estado;
- b) greve-liberdade – concepção liberal do Estado, que se desinteressa da greve, por considerá-la fato socialmente indiferente, sujeito apenas a punições quando enseja violência ou atos de perturbação da ordem pública;
- c) greve-direito – concepção social-democrática do Estado. A greve passa a ser considerada socialmente útil e é protegida pelo ordenamento jurídico.

O Código Penal de 1890 proibiu o exercício da greve até o advento do Decreto nº 1.162/1890. Do mesmo modo, a Lei nº 38/1935, que define crimes contra a ordem política e social, conceituou a greve, em sentido amplo, como delito.

Já as Constituições brasileiras de 1891 e 1934 foram omissas a respeito desse assunto, o que fez com que a greve, nesses períodos, fosse identificada apenas como um fato social tolerado pelo Estado que atuava como mero espectador da luta entre as forças do capital e do trabalho. A Carta Magna de 1937, por sua vez, descrevia a greve como um recurso antissocial e nocivo ao trabalho e ao capital, além de incompatível com os superiores interesses da produção nacional.

O Decreto-lei nº 431/1938, que também tratava da segurança nacional, tipificou a greve como crime no que tange ao incitamento de funcionários públicos à paralisação coletiva dos serviços; induzimento de empregados à cessação ou suspensão do trabalho e à paralisação coletiva por parte dos funcionários públicos.

Nesse diapasão, o importante Decreto-lei nº 1.237/1939, responsável por instituir a Justiça do Trabalho, previa punições em caso de greve, que variavam entre a suspensão e a despedida por justa causa até a pena de detenção.

O próprio Código Penal de 1940, ainda vigente, considerava crime a paralisação do trabalho, caso houvesse ocorrência de perturbação da ordem pública ou se o movimento fosse contrário aos interesses públicos.

Destaca-se que até mesmo a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), encarregada da regulamentação das relações laborais e da defesa da parte hipossuficiente, ou seja, o trabalhador, no ano de 1943, estabeleceu pena de suspensão, dispensa do emprego e ou perda do cargo de representante profissional, caso estivesse em gozo do mandato sindical; suspensão pelo prazo de dois a cinco anos do direito de ser eleito como representante sindical, nos casos de suspensão coletiva do trabalho sem prévia autorização do tribunal do trabalho; multa para o sindicato que ordenasse a

suspensão coletiva do trabalho sem a prévia autorização daquele, bem como cancelamento do registro da associação ou perda do cargo se o ato fosse exclusivo dos administradores do sindicato.

Já o Decreto-lei nº 9.070/1946 passou a tolerar o exercício da greve em atividades consideradas acessórias, mesmo que a Constituição de 1937, vigente até esse momento histórico, determinasse sua vedação.

Com a promulgação do novo Texto Magno de 1946, a greve foi, pela primeira vez, reconhecida como um direito no ordenamento jurídico brasileiro, embora seu exercício fosse condicionado à edição de lei posterior. Assim, somente em 1964, foi editada e passou a vigorar a Lei nº 4.430, popularmente conhecida como Lei de Greve, responsável por implementar efetivamente esse direito.

No entanto, conforme observa Lavor (1996, p. 12 *apud* LEITE, 2020, p. 894), “A Lei 4.330 regulamentou, por muito tempo, o direito de greve, impondo tantas limitações e criando tantas dificuldades, a ponto de ter sido denominada por muitos juslaboristas como a Lei do delito da greve e não a Lei do direito da greve”. Nessa perspectiva, não obstante a regulamentação do direito pela lei em análise, percebe-se que, no plano da eficácia, sua concretização não foi alcançada.

A Lei Maior de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, conhecida informalmente como Constituição de 1969, manteve assegurado o direito de greve, restringindo-o, todavia, em relação aos serviços públicos e às atividades essenciais.

Por fim, a Constituição promulgada em 1988, que rege na atualidade o ordenamento jurídico brasileiro, consagrou, nos termos de seu artigo 9º, amplo direito de greve. No entanto, em razão de sua vasta abrangência, fez-se necessária a elaboração de lei responsável por regulamentar o exercício desse direito.

Nesse contexto, deu-se o surgimento da Lei nº 7.783/1989 que, embora criada com a finalidade central de definir os procedimentos para o exercício do direito de greve, fez restringi-lo em razão da adoção de mecanismos repressores do exercício desse direito através da norma infraconstitucional.

3.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E OS PRINCIPAIS CONTORNOS DO DIREITO DE GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme reportado, o direito de greve encontra-se expressamente previsto no artigo 9º do texto constitucional de 1988, pertencendo ao Título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Assim, considerando o local em que se situa o dispositivo legal, é possível concluir, sem maiores dificuldades, que o direito de greve é um direito fundamental.

Por sua vez, os direitos fundamentais, para Silva (2005 p. 163-164), designam:

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as

quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Ademais, urge destacar que, embora existam direitos fundamentais que não apresentam ligação imediata com o princípio da dignidade humana, este os orienta, ainda que de forma indireta.

Esses direitos podem se situar em diferentes dimensões de acordo com a perspectiva histórica de seu surgimento. Conforme anteriormente explicitado, o surgimento da greve se deu no contexto da Revolução Industrial, em razão das pressões geradas pela industrialização em massa e do agravamento da disparidade entre a força do capital e do trabalho, responsável pelo aumento da desigualdade econômica e social, servindo para impor ao Estado prestações positivas para a realização da justiça social. Diante desse cenário, a busca pela igualdade material ganhou destaque e os direitos alcançados nesse lapso temporal tornaram-se conhecidos como direitos sociais.

Por serem os direitos fundamentais considerados uma expressão do poder constituinte originário e, demonstrando, com isso, a soberania popular, não devem quedar como letra morta, sob pena de retroceder ao Estado de Direito formal e abandonar os princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Nesse seguimento, em que pese o artigo 5º, §1º da Lei Maior preceituar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, aponta que

há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador (MENDES; BRANCO, 2022).

Vale salientar que tal fenômeno ocorre devido à baixa densidade normativa destes dispositivos.

Por esse motivo, em 29 de junho de 1989, foi sancionada a Lei nº 7.783, popularmente conhecida como “Lei de Greve”, com o intuito de estabelecer os parâmetros para que fosse possível a concretização do direito fundamental de greve. Entretanto, apesar de a finalidade da criação da norma infraconstitucional ser, nesse caso, de acordo Mendes e Branco (2022, p. 153), “alcançar a plenitude de efeitos desse direito, pois sua maior eficácia dependeria da atuação normativa do legislador”, no plano fático ocorre exatamente o contrário, servindo tal legislação apenas para impor normas limitadoras do direito fundamental em análise.

O caput do artigo 3º da Lei nº 7.783/89 impõe, como requisito necessário para o exercício do direito de greve, a frustração da negociação coletiva ou impossibilidade de recurso à arbitragem. No entanto, parcela minoritária da doutrina, composta por defensores desse direito fundamental, sustenta a inconstitucionalidade desse dispositivo, na medida em que o artigo 9º da Constituição Federal não menciona a

negociação prévia como condição para o seu exercício, servindo tal exigência apenas para restringir seu exercício.

Da mesma forma, o artigo 7º da Lei de Greve prevê a suspensão do contrato de trabalho durante o período da greve, ou seja, ocorre a paralisação no cumprimento das obrigações por parte do empregador, que inclui o pagamento de salário e a computação do tempo de serviço, ensejando os descontos na folha de pagamento do empregado bem como os calendários de reposição após o fim da greve, o que dificulta a adesão do trabalhador ao movimento grevista, causando o esvaziamento desse próprio direito. Assim, conforme a Ementa da lavra de Rafael da Silva Marques (2007, p. 279-280), aprovada no Congresso Nacional de Magistrados Trabalhistas, em abril/maio de 2010:

A expressão *suspend*, existente no artigo 7º da Lei 7.783/89, em razão do que preceitua o artigo 9º da Constituição Federal de 1988, deve ser entendida como interromper, sob pena de inconstitucionalidade, pela limitação de um direito fundamental não-autorizada pela Constituição Federal.

No mesmo sentido, posiciona-se Romita (1993, p. 273-274 *apud* LEITE, 2020, p. 904):

[...] em plano sistemático, as diretrizes traçadas pelos textos constitucionais realçam os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos que em tese esteia o Brasil constituído em Estado Democrático de Direito [...] à luz desse princípio básico deve ser entendido o preceito constitucional que assegura o exercício do direito de greve. Qualquer interpretação que resulte em repressão ou restrição despropositada do exercício desse direito padecerá de inconstitucionalidade.

Ademais, embora haja divergência doutrinária em relação à proteção dos direitos sociais como cláusula pétrea implícita, dever-se-á considerar que eles não podem deixar de gozar da proteção de que dispõem esses preceitos. Mendes e Branco (2022, p. 127) ensinam que:

[...] os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais), proclama-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto das outras normas do mesmo Título, em que se fala no valor social do trabalho [...]. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte

originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas.

Nesse sentido, sendo o direito fundamental de greve um direito social diretamente ligado ao valor social do trabalho, constata-se que o artigo 9º deve ser tratado como cláusula pétrea. Desse modo, qualquer norma tendente a abolir ou suprimir seu núcleo essencial deve ser considerada inconstitucional, vez que a instituição dessas limitações materiais ao poder de reforma tem como finalidade prevenir o processo de erosão das opções essenciais feitas pelo constituinte originário. Em outras palavras, Novelli (1995, p. 80-81 *apud* MENDES; BRANCO, 2022, p. 122) explica que “a Lei Maior repele, não toda emenda capaz de afetá-los, mas tão somente a que intente em suprimi-los ou (o que dá no mesmo) alterá-los substancialmente, afetá-los no seu conteúdo essencial”.

Entende-se, portanto, que, apesar de a greve ser um direito social fundamental garantido constitucionalmente, que, em tese, não deveria sofrer restrições, vez que as diretrizes sociais do trabalho são fundamentos em que se esteia o Estado democrático brasileiro, existe no ordenamento jurídico brasileiro norma infraconstitucional que contém dispositivos limitadores do exercício da greve.

4 DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A análise da desobediência civil é relevante ao presente estudo, vez que se trata de instituto amplamente utilizado ao longo da história no processo de afirmação de direitos e da soberania popular. Por conseguinte, pode ser considerado um mecanismo auxiliador na efetivação do direito de greve. No entanto, para a melhor compreensão de sua atuação como efetivadora do direito de greve, faz-se necessário, primeiramente, explorar os principais contornos e aspectos desse instituto.

4.1 CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Tem-se a desobediência civil como uma manifestação do direito de resistência que, ao longo da história, exerceu valoroso papel no desenvolvimento das formas de recusa à obediência, vez que representa a luta em favor da justiça contra as diversas formas ilegítimas e injustas de estruturação do poder.

Por esse ângulo, a desobediência civil, segundo Thoreau (1999, p. 268-272), pode ser definida como a manifestação pública contra lei considerada imoral ou injusta, recusando-se, pacificamente, a obedecê-la como forma de protesto. Em outras palavras, quando um grupo de cidadãos entende que determinada lei produz injustiça e não reflete os clamores sociais, é facultado a eles desobedecê-la de forma expressa, visando, com este ato, à promoção da justiça social.

Embora a ideia da desobediência civil tenha sido apurada por Thoreau (1999, p. 8), que é considerado o precursor na edificação desse instituto, em “Antígona”,

tragédia grega escrita por Sófocles, o autor menciona um ato de clara desobediência da personagem principal ao decreto do rei Creonte, que não a deixou sepultar seu irmão Polinice, causando revolta. Observa-se, assim, que é possível identificar atos que se encaixam como germes da desobediência civil desde remota época.

Nota-se, portanto, que a resistência à opressão sempre esteve presente na história da humanidade, manifestando-se de diversas formas de acordo com as características de cada período. No entanto, o movimento a favor do direito de resistência ganhou força com a estruturação dos princípios difundidos na França durante a formação do Estado Moderno.

Com o surgimento do Iluminismo, a racionalidade ganhou destaque no mundo moderno, propondo, dentre outras inúmeras teses, uma teoria denominada contratualismo. Essa corrente de pensamento foi responsável por difundir a ideia de que os homens eram livres e iguais no estado de natureza, em que possuíam direitos inatos, no entanto, devido à existência de precariedades, insuficiência de recursos ou guerras, a depender da abordagem de cada autor, estes se obrigaram, através de um pacto, a constituir uma sociedade política. Sob essa ótica, observa-se que, para os contratualistas, a sociedade civil encontra seu princípio de legitimação principalmente no consenso.

Assim, na visão de Locke (1994, p. 194 *apud* LUCAS, 2001, p. 25), um dos principais contratualistas que abordou a construção do instituto da resistência, a sociedade oriunda do contrato social cria a figura do governante e do governado, devendo o primeiro respeitar os direitos considerados essenciais naquele período, quais sejam a propriedade, a liberdade e a vida, sob pena de tornar possível o exercício do direito de resistência em relação ao abuso do governante que excedesse as prerrogativas concedidas no contrato.

Outro importante personagem da história do direito de resistência é Jefferson (1979, p. 8 *apud* LUCAS, 2001, p. 27), redator da Declaração da Independência dos Estados Unidos, o qual acreditava, diferentemente de Locke, que os direitos naturais permaneciam na alçada do indivíduo mesmo com a criação da sociedade civil, cabendo ao governo fazer cumprir esses direitos naturais. Nesse sentido, quando o governo o se abstém-se de cumprir a função estabelecida pelo contrato, libera os indivíduos da obrigação de obedecer às leis, sendo facultado a eles o direito de se opor às medidas governamentais.

Por seu turno, de acordo com Costa (1990, p. 20 *apud* LUCAS, 2001, p. 29), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispôs, em seu artigo 2º, que “a finalidade de toda associação é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a segurança e a resistência à opressão”. A Constituição Girondina de 1791 e a Declaração do Homem e do Cidadão de 1793 também previram de forma positiva o direito de resistência.

Como já mencionado, a desobediência civil deriva do direito de resistência, estando intimamente conectada à sua construção histórica, vez que é considerada uma espécie dele. Ainda de acordo com Costa (1990, p. 25 *apud* LUCAS, 2001, p. 31), no fim do século XIX e início do século XX, Henry Thoreau reformulou o clássico direito de resistência dando a ele dinamismo, vez que trouxe à baila o instituto da desobediência civil, pelo qual a minoria, quando oprimida, tinha a possibilidade de enfrentar o governo

em busca de melhores condições. Nesse diapasão, observa-se que a desobediência civil pode ser utilizada como um verdadeiro instrumento de cidadania.

Para Thoreau (1999, p. 9), o respeito e a obediência à lei devem se firmar na consciência do indivíduo, devendo o cidadão fazer apenas aquilo que julgue de direito, sendo considerada, a transgressão da norma injusta, um dever ético. Assim, para o autor pioneiro da desobediência civil, ao culminar em prisão, deveria esta servir para mobilizar a opinião pública, a fim de adotar a mesma atitude e compelir o próprio governo a mudar sua postura, pois, para ele, “quando os governos agem injustamente fazem da prisão o único lugar digno para os homens justos”.

As considerações de Henry Thoreau acerca da desobediência civil influenciaram de forma notória o processo de independência da Índia, liderado por Mohandas Karamchand Gandhi, o qual utilizou a desobediência civil como uma ação coletiva que ganhou relevo e foi adotada por um número expressivo de pessoas. Para Gandhi (COSTA, 1999, p. 34 *apud* LUCAS, 2001, p. 35), apenas a não violência poderia ser um meio eficaz para a conquista do fim da discriminação britânica contra o povo da Índia.

Outro desobediente que se valeu da prática de atos não violentos foi o pastor Martin Luther King, (TOINET, 1994, p. 78, 79, 300 e 433 *apud* LUCAS, 2001, p. 36), que se utilizou de tal instituto em favor dos direitos da população negra dos Estados Unidos, concentrando sua luta no fim da segregação racial. Para ele, a realização da desobediência civil em massa correspondia ao mais alto nível de protesto não violento.

Isso porque a ausência de violência na desobediência civil afeta completamente a ação do Estado, pois se ele a proibir, demonstra a injustiça do governo, mas, se deixá-la acontecer, admite a insatisfação popular e reconhece a dignidade na luta do oprimido.

Portanto, a necessidade do direito de resistência, manifestado através da desobediência civil, reside, mormente, na compreensão de que deve haver reciprocidade de direitos e obrigações entre governante e governados. Em outras palavras, para Lafer (1988, p.188 *apud* LUCAS, 2001, p. 23), “se o legislador pode reivindicar o direito de ser obedecido, o cidadão pode igualmente reivindicar o direito a ser governado sabiamente e por leis justas”.

Por todo o exposto, conclui-se que a desobediência civil sempre foi usada como importante mecanismo no processo de conquista, afirmação e defesa de direitos, sendo responsável pela garantia de direitos alcançados com base em grandes lutas sociais, que ficaram conhecidas, ao longo do tempo, como marcos históricos.

4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Alguns instrumentos utilizados nas Constituições modernas para evitar os abusos de poder como a desconcentração e separação de poderes, o aumento da participação popular no processo de escolha dos governantes e a tutela dos atos da administração pelo Poder Judiciário, criaram a falsa crença de que seriam suficientes para evitar a opressão. Por esse motivo, o direito de resistência deixou de ser inserido expressamente nos textos constitucionais, o que trouxe à tona a dúvida se a desobediência civil seria um meio constitucional a ser utilizado contra atos governamentais e legislações que representem injustiças.

Sabe-se que o Brasil é constituído em Estado Democrático de Direito, conforme se extrai do artigo 1º da Constituição Federal vigente, fundado com base na soberania popular e nos demais preceitos que derivam da consciência coletiva de justiça, inserindo no direito pátrio a concepção de legitimidade e sua importância para que as leis sejam consideradas válidas, não bastando, para tanto, o aspecto da legalidade. Nesse sentido, observa-se que o Estado brasileiro não se reduz ao ordenamento jurídico positivado.

Por conseguinte, deve-se promover a interpretação do texto constitucional, a fim de reconhecer novos direitos que, implicitamente, se conectam com o sentido da Constituição. Sob essa ótica, de acordo com o que preceitua o artigo 5º, §2º da Carta Magna, a desobediência civil pode ser identificada como um direito fundamental implícito consagrado em diversos princípios constitucionais, caracterizando-se como instrumento necessário à proteção de valores como a liberdade e cidadania. Para Garcia (1994, p. 260):

[...] o regime dos direitos fundamentais consagrado na Constituição Brasileira abrange, no seu sistema, a possibilidade de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição – dentre eles, conforme demonstrado, o direito de desobediência civil.

Assim, considerando que o regime republicano de governo bem como os princípios da soberania popular e da cidadania asseguram ao povo a titularidade do poder político, conforme dispõe o artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República, resta claro que a desobediência civil deve ser elencada como um direito fundamental, vez que se porta como instrumento alternativo capaz de promover a participação política popular, garantindo aos indivíduos o poder de protestar contra ato de autoridade e lei que sejam injustos e infrinjam direitos fundamentais ou a própria ordem constitucional. Garcia (1994, p. 278) apregoa:

[...] a desobediência civil é uma forma particular de resistência ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania. [...]

Corresponde ao status activus civitatis: é o direito do cidadão, consagrado na ressalva do art. 5º, §2º da Constituição. Decorre do regime republicano e do princípio fundamental da cidadania – de cujo exercício constitui proteção e garantia.

Ora, se o próprio Texto Magno afirma que todo poder emana do povo, é possível concluir que as leis devem representar os anseios sociais da população, sob pena de não ser obrigatório obedecê-las.

No mesmo sentido, Canotilho (1997, p. 310) afirma que uma das possibilidades assumida pela desobediência civil no âmbito constitucional refere-se a sua identificação com o exercício de um direito fundamental, dispondo que:

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a desobediência civil poder-se-ia caracterizar como o direito de qualquer cidadão, individual ou coletivamente, de forma pública e não violenta, com fundamento em imperativos éticos-políticos poder realizar os pressupostos de uma norma de proibição, com a finalidade de protestar, de forma adequada e proporcional, contra uma grave injustiça.

Portanto, é possível concluir que a desobediência civil é um instrumento de suma importância para demonstrar a potencialidade dos cidadãos como sujeitos politicamente ativos, vez que os possibilita avaliar a ação estatal e publicizar discussões em torno de legislações e medidas governamentais injustas e confrontantes com os princípios constitucionais.

Superada a questão da constitucionalidade do uso da desobediência civil no ordenamento jurídico brasileiro e o seu aspecto de direito fundamental, passa-se a demonstrar como o instituto supracitado pode ser utilizado como mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.

Para o importante jurista e filósofo norte-americano Dworkin (2000, p. 171 *apud* LUCAS, 2001, p. 64), caso o cidadão se depare com uma norma de constitucionalidade duvidosa, poderá se comportar conforme sua interpretação da referida norma, desde que razoável, pois, para ele, a interpretação constitucional ultrapassa os limites do Poder Judiciário, devendo os sujeitos componentes do Estado participar publicamente na construção dos significados importantes para a ordem constitucional, vez que são os legítimos detentores do poder. Nesse contexto, a desobediência civil serviria como meio necessário para debater a constitucionalidade normativa.

Outrossim, Araújo (1994, p. 35-39; 139-150 *apud* LUCAS, 2001, p. 65), apoiando-se na construção de Dworkin, apregoa que tal instrumento utilizado como controle de constitucionalidade das leis sustenta-se na prerrogativa que a sociedade possui de interpretar o texto constitucional. Partindo dessa premissa, Lucas (2001, p. 65) afirma:

A construção dos significados, a própria vida da Constituição se dá de maneira totalmente aberta, reconhecendo na participação democrática e na opinião pública critérios relevantes de interpretação de compreensão em torno dos direitos, valores e princípios presentes no texto constitucional.

A justificativa para que a desobediência civil seja utilizada como uma forma de controle de constitucionalidade se funda na insuficiência dos meios institucionais tradicionais de defesa da Constituição. Assim, em vez de ser usada como último recurso, extremo e excepcional, dever-se-ia admiti-la como recurso necessário para resgatar o debate sobre a justiça e a conseqüente constitucionalidade das normas que, na maioria das vezes, não podem esperar todo o trâmite que preveem os mecanismos clássicos, sob pena de produzir efeitos amplamente nocivos à coletividade.

Dessa forma, conclui-se que a desobediência civil vista como controle de constitucionalidade ou como exercício de um direito fundamental apresenta-se como participação pública em defesa da Constituição e, simultaneamente, como protesto contra medidas ilegítimas executadas pelos poderes estatais.

5 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO CONDIÇÃO LEGÍTIMA E NECESSÁRIA PARA O EXERCÍCIO EFETIVO DO DIREITO DE GREVE

Conforme já elucidado no presente estudo, o direito de greve é um direito fundamental de cunho social previsto expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, que não o subordinou à eventual previsão em lei, tampouco estabeleceu qualquer requisito para o seu exercício. No entanto, em que pese ser garantido constitucionalmente, percebe-se, atualmente, a crise em sua efetivação, gerada pela instituição de mecanismos repressores desse direito através da legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei nº 7.783/89.

Ressalta-se que a Carta Magna vigente, também conhecida como “Constituição Cidadã”, foi promulgada após o fim do período ditatorial, promovendo a redemocratização do Brasil e consagrando os anseios sociais do povo em seu texto, a fim de garantir a soberania popular e, dessa forma, evitar que o autoritarismo voltasse a existir dentro da atual ordem constitucional. Contudo, Rawls (2000, p. 147 *apud* LUCAS, 2001, p. 58), dotado de vultosa lucidez, reconhece que a existência de uma Constituição justa não impede a produção de leis infraconstitucionais injustas, vez que nem sempre os representantes legislativos eleitos levam em consideração, durante a elaboração de determinado texto normativo, a vontade popular, visando apenas garantir os interesses de grupos mais poderosos, barganhando os interesses da coletividade por vantagens que somente essa classe dominante pode oferecê-los.

Destarte, por meio da análise histórica do direito de greve, percebe-se que ele sempre esteve em conflito com a classe detentora do poderio econômico, qual seja a dos empregadores e em favor da defesa dos trabalhadores, parte hipossuficiente da relação de trabalho. Nesse diapasão, é possível concluir que a proteção dos direitos dessa parcela da sociedade é continuamente atacada, tornando dificultosa a materialização do referido direito fundamental.

Assim, fez-se necessário o estudo de instrumentos capazes de auxiliar no combate à violação do direito de greve bem como de tornar efetiva a sua concretização. Sob essa ótica, exsurge o instituto da desobediência civil, amplamente utilizado ao longo da história como ferramenta responsável pela conquista, afirmação e defesa de direitos fundamentais, opondo-se a qualquer forma de ilegitimidade através da não obediência pública e pacífica de lei injusta que não reflita os clamores sociais de determinado povo.

Desse modo, Rawls (2000, p. 288 *apud* LUCAS, 2001, p. 71), tratando dessa ferramenta, destaca que a estratégia da publicidade do ato está diretamente ligada à ausência proposital de violência, vez que, por meio da desobediência civil, deseja-se acordar livremente com o adversário sobre o objeto de protesto, mostrando a toda sociedade o motivo pelo qual a lei é injusta e deve deixar de ser cumprida.

No mesmo sentido, Araújo (1994, p. 25 *apud* LUCAS, 2001, p. 47), mencionando o principal ensinamento deixado pelo desobediente civil mundialmente conhecido por

Martin Luther King, de que um dos principais objetivos da resistência não violenta é fazer com que o opressor reconheça a dignidade do oprimido, destaca que:

[...] o reconhecimento por parte do adversário resulta uma condição necessária para que este se disponha a escutar e entender suas razões. O objetivo da resistência não violenta é, neste sentido, gerar uma atitude racional. Por isso, [...] se fixa sempre como meta a negociação com a outra parte para alcançar um acordo livremente assumido por ambos.

Assim, em virtude do raciocínio dos pensadores supracitados, é possível constatar que a desobediência civil pode ser de grande valia quando utilizada pelos trabalhadores durante o exercício da greve, que deve ser pública e pacífica, a fim de negociar com o empregador sobre o motivo que deu causa ao movimento grevista. Assim, pontua Nascimento (1989, p. 293 *apud* LEITE, 2020, p. 901) sobre a greve:

A greve é forma de autodefesa conferida pela ordem jurídica, para que, através de uma ação direta, os trabalhadores possam responder às alterações das condições objetivas existentes, prejudiciais aos seus interesses, salariais ou não, e, pela greve, negociar a modificação do contrato de trabalho, impondo a sua vontade.

Vale ressaltar que a desobediência civil já foi utilizada no ordenamento jurídico brasileiro durante a luta pela descriminalização do direito de greve, reforçando o papel desse instrumento como responsável pela afirmação de direitos, nas palavras de Leite (2020, p. 908-909):

Se antes da Carta de 1988, a greve nas chamadas atividades normais era praticamente proibida, nos serviços essenciais o rigor era ainda maior, conforme depreende do texto da própria Lei 4.330/64, bem como Dec.-lei 1.632/78 e da Lei 6.620/78. Sem embargo da vigência e da validade de todo esse aparato legal, os fatos demonstraram que tal não se deu no campo da eficácia social, sobretudo a partir da década de 70, quando os trabalhadores do ABC de São Paulo passaram a fazer greves tanto em atividades ditas normais quanto nas atividades essenciais, no que foram seguidos pelos demais trabalhadores de norte a sul do país.

Ademais, ao longo do presente ensaio, foi possível observar que a atual legislação regente do direito de greve, a Lei nº 7.783/89, consagrou diversos dispositivos responsáveis por restringir o alcance e a eficácia desse direito fundamental,

caracterizando como abusiva qualquer manifestação de greve que não observe as regras impostas pela lei supramencionada.

Nesse viés, considerando a extrema relevância desse direito para a conquista da emancipação dos trabalhadores e de melhores condições de trabalho, que compõem os valores sociais do trabalho, tidos como fundamentais para o Estado brasileiro, não deve o trabalhador acatar norma infraconstitucional que limite a amplitude do seu direito constitucionalmente garantido. Desse modo, a justificativa para a utilização da desobediência civil como meio auxiliador na concretização do direito de greve se deve, de acordo com Seña (1990, p. 100-101 *apud* LUCAS, 2001, p. 54), ao fato de o ato violador da lei demonstrar o acerto do comportamento do cidadão e a impossibilidade de adotar conduta diversa sem comprometer a defesa do direito fundamental e da ordem constitucional que se busca através da resistência.

Em outras palavras, sendo a desobediência civil uma ferramenta que busca alcançar os ideais de justiça social dentro de um Estado democrático, ela deve ser utilizada com o intuito de confrontar as legislações que se impõem sem qualquer compromisso com as diretrizes constitucionais traçadas em 1988.

Sob essa ótica, é possível observar que não se trata simplesmente da resistência à norma infraconstitucional positivada, como é o caso da Lei nº 7.783/89, mas contra a ilegitimidade nela constante, na medida em que é limitadora de um direito fundamental plenamente garantido, não tendo a Lei Maior determinado qualquer condição para que ele pudesse ser efetivado.

Por conseguinte, como o texto constitucional dispõe serem os trabalhadores os titulares do direito de greve, não impondo qualquer delimitação ao seu exercício, cabe a eles analisarem acerca da legitimidade das normas que tratam do assunto e, esgotados os demais meios institucionais, recorrerem ao mecanismo da desobediência civil como forma de manifestarem-se publicamente contra a ilegitimidade da norma.

A esse respeito, Rawls (1999, p. 161 *apud* LUCAS, 2001, p. 58) pondera que, quando as demais medidas institucionais forem improfícuas para a garantia de determinado direito, não se faz necessário exauri-las, pois tudo indica que elas não surtirão o efeito desejado. Assim, é admissível que a desobediência civil seja utilizada como instrumento primário para questionar a legitimidade da norma, a fim de evitar que maiores injustiças sejam perpetradas em razão do decurso do tempo despendido com a aplicação de outros meios ineficazes, como é o caso do direito de greve.

Diante do exposto, constata-se que a desobediência civil é um método utilizado nas sociedades democraticamente consolidadas para defender direitos que se encontram ameaçados ou violados, como o direito de greve, sendo uma forma de pressão legítima contra leis, atos ou decisões responsáveis por colocar em risco os direitos civis, políticos ou sociais de um indivíduo ou de uma parcela social.

6 CONCLUSÃO

Em face de todas as considerações pontuadas nesse estudo, cumpre finalizá-lo trazendo à tona a reflexão acerca da minimização da importância do cidadão no processo democrático dentro do Estado moderno, que, adotando tendências neoliberais, monopolizou os espaços de reivindicação, causando o distanciamento entre ações

políticas formais e as tensões reais existentes na sociedade civil. Tal fato demonstra que a legitimidade do poder se estremeceu, pois apenas a observância do processo legislativo não se mostra capaz de defender os direitos fundamentais ameaçados, entre os quais se encontra o direito de greve.

Nesse contexto, fez-se necessário analisar diferentes ferramentas capazes garantir os direitos fundamentais e as diretrizes traçadas na Constituição Federal de 1988, a fim de não permitir que a ordem constitucional sucumba perante a elaboração de normas ilegítimas e que não reflitam os anseios sociais do povo, que é o verdadeiro detentor do poder político. Assim, a desobediência civil aparece como uma categoria que possibilita a participação ativa do cidadão na defesa de seus direitos através de protesto contra lei, ato ou decisão que os confronte.

Sob essa ótica, a desobediência civil deve ser considerada um meio legítimo e necessário para a efetivação do direito de greve, que sofre injustas restrições impostas pela Lei nº 7.783/89, apesar de seu exercício encontrar-se expressa e plenamente garantido no Texto Magno. Desse modo, a não obediência pública e pacífica dos trabalhadores, legítimos detentores do direito de greve, à norma que limita esse direito, demonstraria a injustiça contida na norma, pressionando a sua abolição do ordenamento jurídico. Isso porque a ausência de violência na desobediência civil afeta completamente a ação do Estado, pois, se ele a proibir, demonstra a injustiça do governo, mas se deixá-la acontecer, admite a insatisfação popular e reconhece a dignidade na luta do oprimido.

Dessa feita, é possível firmar uma clara conclusão, qual seja, a adequação do uso do instituto supracitado como meio necessário para a efetivação do direito de greve. Vale ressaltar, por fim, que o assunto rende inúmeras polêmicas e controvérsias, não havendo número relevante de juristas discutindo a respeito dessa temática, o que gera importante debate que pode contribuir de maneira substancial para a evolução do assunto dentro da ciência jurídica, através de reflexão crítica.

REFERÊNCIAS

AQUINES, T. **Greve, paralisação e o desconto no salário**. Disponível em: <https://tiagoaquines.jusbrasil.com.br/artigos/452006645/greve-paralisacao-e-o-desconto-no-salario>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **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: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

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

BRASIL. **Decreto nº 1.162 de dezembro de 1890**. Altera a redação dos artigos 205 e 206 do Código Criminal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/391335>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 431 de 18 de maio de 1938**. Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0431.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.237 de 2 de maio de 1939**. Organiza a Justiça do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1237.htm. Acesso em: 8 ju. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.070 de 15 de março de 1946**. Dispõe sobre a suspensão ou abandono coletivo do trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9070.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 38 de 4 de abril de 1935**. Define crimes contra a ordem política e social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0038.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.430 de 20 de outubro de 1964**. Altera a constituição da Companhia Nacional de Seguro Agrícola e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4430. Acesso em: 8 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1997.

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

CONCEITOS. **Pirâmide de Kelsen – conceito, o que é, significado**. Disponível em: <https://conceitos.com/piramide-kelsen/>. Acesso em: 12 maio 2020.

CUNHA, D. **A Pirâmide de Kelsen – hierarquia das normas aplicada ao direito brasileiro**. Disponível em: <https://douglasscr.jusbrasil.com.br/artigos/616260325/a-piramide-de-kelsen-hierarquia-das-normas>. Acesso em: 12 maio 2020.

GARCIA, M. **Desobediência Civil: Direito Fundamental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GUIA TRABALHISTA. **Direito de Greve**. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/greve.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCAS, D. C. **Desobediência Civil e novos movimentos sociais: a construção democrática do direito**. 2001. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MAGALHÃES, A. C.; MIRANDA, I. A greve como direito fundamental: perspectivas trabalhistas-administrativas. **Revista do TRT 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 53-76, jul./dez. 2012. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_86/aline_carneiro_magalhaes_e_iulian_miranda.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

MAIOR, J. L. S. **Garantias sociais dependem de direito de greve**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jun-17/garantias-sociais-dependem-direito-greve-inclusive-piquetes>. Acesso em: 16 maio 2020.

MARQUES, R. da S. **Valor social do trabalho**: na ordem econômica, na constituição brasileira de 1988. [S. l.]: Ltr, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

MORENO, R. C. **Fundamentos constitucionais da desobediência civil como instrumento do direito de greve**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64316/fundamentos-constitucionais-da-desobediencia-civil-como-instrumento-do-direito-de-greve>. Acesso em: 10 ago. 2020.

NASCIMENTO, A. M. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, M. S. de. **Desobediência civil**: um meio de se exercer a cidadania. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2465/Desobediencia-civil-um-meio-de-se-exercer-a-cidadania>. Acesso em: 17 maio 2020.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

SILVA, W. C. de. **Normas, princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64137/normas-principios-e-regras-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 7 set. 2020.

TAVARES, T. E. F. **Greve**: um Direito no Brasil. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/greve-um-direito-no-brasil/>. Acesso em: 17 maio 2020.

THOREAU, H. D. **A desobediência civil**. Tradução de Sérgio Karan. Porto Alegre: L&PM, 1999, 17 v.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os métodos de anteparo ao estado democrático de direito diante do comportamento decorrente da era digital

*The General Law for the Protection of Personal Data and the methods for shielding the
democratic rule of law from behavior arising from the digital age*

MAIRA OLIVEIRA BRAGA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: mairabrg@hotmail.com

HELEN CORRÊA SOLIS NEVES

Professora orientadora (UNIPAM)
E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: Um estudo realizado pela Universidade de Oxford, na Inglaterra, denominado “Desafiando a verdade e a confiança: um inventário global da manipulação organizada das mídias sociais”, apurou que, ao menos em 48 países, foram identificados atores políticos que fazem uso da internet para manipular, por meio da coleta de dados pessoais de forma indevida, a opinião pública. A tutela do direito para com as redes sociais, se não feita de forma correta, corre paralelamente com o autoritarismo, associando-se à distopia *1984*, de George Orwell. O presente trabalho visa entender como funciona a influência das mídias sociais na construção de opiniões públicas através da utilização de big datas e algoritmos específicos; verificar as explicações filosóficas acerca do comportamento humano e a alienação da nova sociedade conectada; buscar as inovações trazidas pela lei 13.709 de 2018 no ordenamento jurídico que visam a proteção da democracia e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa física.

Palavras-chave: Direito à autodeterminação informativa. Livre Desenvolvimento da Personalidade. Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Abstract: A study called *Challenging truth and trust: a global inventory of organized social media manipulation* by Oxford University in England found that political actors - in at least 48 countries - are using the Internet to manipulate public opinion by improperly collecting personal data. Legal protection of social networks, if not done correctly, runs parallel to authoritarianism, associating itself with George Orwell's *1984* dystopia. This paper aims to understand how the influence of social media works in the construction of public opinions through the use of big data and specific algorithms; verify the philosophical explanations about human behavior and the alienation of the newly connected society; seek the innovations brought by law 13.709 of 2018 in the legal system that aims to protect democracy and the free development of the personality of the individual.

Keywords: Right to informational self-determination. Free Development of Personality. National Data Protection Authority.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos últimos anos, os diversos escândalos de vazamentos de dados tornaram-se rotina na vida da sociedade moderna. Desse modo, a universalidade do impacto dessas constantes práticas de vazamento e o uso indevido de dados pessoais no estado democrático de direito despertam preocupação e interesse em relação ao funcionamento das novas tecnologias. Por essa razão, e como forma de promover uma reflexão acerca do tema, optou-se pela escolha do comportamento na internet como o objeto de estudo deste trabalho. Analisando-se o uso das mídias sociais como um meio de marketing político e influência de opinião pública, espera-se compreender melhor como a liberdade de produção de conteúdo abre espaço para o emprego de estratégias de manipulação política.

Para isso, o desenho da pesquisa visa a responder questionamentos sobre como acontece a manipulação pública através do ambiente digital, utilizando-se da fundamentação teórica, consistente em uma revisão bibliográfica, com o objetivo de reunir as principais teses apresentadas por importantes autores do assunto. Além disso, a análise filosófica tem o intuito de acrescentar ao presente trabalho o parecer especulativo a respeito do comportamento humano como o destinatário final dessa manipulação. Outrossim, faz-se indispensável a verificação da Lei n. 13.709, de 2018, como um meio para buscar a proteção dos direitos básicos do ser humano celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

2 A (IM)PARCIALIDADE DOS ALGORITMOS NO DIRECIONAMENTO DE CONTEÚDO

Com o advento da internet, a democracia viu seu apogeu ilustrado na forma mais pura de liberdade de expressão. O novo paradigma de comunicação é marcado pela velocidade, pela ausência de fronteiras e pela imensa quantidade de informações disponíveis. De acordo com os relatórios de 2020 da We Are Social (KEMP, 2020, *online*), os brasileiros passam, em média, mais de nove horas diárias navegando na internet, ocupando o terceiro lugar no ranking mundial, atrás apenas de Filipinas e África do Sul.

No entanto, as recentes controvérsias envolvendo as plataformas e suas políticas de circulação de conteúdo apresentaram uma internet não tão democrática assim. Como exemplos dessas contradições, podemos citar o caso da censura à foto “The Terror of War”¹ pelo Facebook (PRESS, 2016, *online*) ou o da multa de 2.42 bilhões de euros aplicada ao Google, pela União Europeia, por abusar de sua posição dominante ao favorecer sua ferramenta de compras online, o Google Shopping (UNIÃO EUROPEIA..., 2017, *online*). Esses casos e muitos outros fizeram com que os algoritmos se tornassem pauta nos veículos de mídia, visto que são eles os responsáveis por gerenciar a

¹ Fotografia tirada por Nick Ut, em 8 de junho de 1972. Na imagem, aparece uma menina nua chorando após ter 30% do seu corpo queimado por Napalm (conjunto de líquidos inflamáveis à base de gasolina gelificada, utilizados como armamento militar incendiário) durante a guerra do Vietnã. (UT, 1972, *online*).

apresentação de conteúdo, indicando o assunto de maior relevância conforme uma busca feita pelo usuário ou direcionando as postagens para cada indivíduo conforme suas preferências (VON ENDE; OLIVEIRA, 2021, p. 21).

Algoritmos podem ser considerados como a unidade básica da computação, assim como os átomos são a unidade fundamental da matéria (JURNO; DALBEN, 2018, p. 20-21). Segundo Sérgio Amadeu Silveira (2017, p. 268), algoritmos podem ser definidos como rotinas logicamente encadeadas ou conjunto de instruções introduzidas em uma máquina para resolver um problema bem definido. Ou seja, conforme preceitua Jurno e Dalben (2018, p. 19), trata-se de uma fórmula matemática, um procedimento codificado que transforma o dado de um *input* (receber informação) em um *output* (ação ou produção); os algoritmos funcionam através da probabilidade de ações, prevendo comportamentos e preferências a partir dos dados coletados de um usuário.

Dessa forma, há uma imensa variedade de tipos de algoritmos distintos. As redes sociais, objeto deste trabalho, utilizam-se de algoritmos de formação de perfis. Estes, por sua vez, recebem dados sobre o comportamento da pessoa a partir de seus rastros deixados na internet, como publicações, visitas em websites, localizações, compartilhamentos, curtidas, entre outros. Ao coletar informações sobre o usuário, os algoritmos identificam características sobre as tendências de ações e gostos e, dessa forma, são capazes de prever novos interesses e direcionar publicações específicas para cada usuário (VON ENDE; OLIVEIRA, 2021, p. 21-22).

Os algoritmos responsáveis pela seleção de conteúdo na internet, sobretudo nas redes sociais, são peças fundamentais na maneira como utilizamos suas plataformas. Tratando o usuário como consumidor, eles direcionam-no para aquilo que é estatisticamente mais capaz de gerar capital, por meio de cliques. Em outras palavras, o usuário é direcionado para aquilo que lhe interessa, de maneira a gerar o maior número de cliques, e os algoritmos são talhados de maneira que possam identificar interesses eficientemente, formando algo próximo do Daily Me — termo cunhado por Nicholas Negroponte para descrever um sistema em que os usuários teriam controle total sobre o conteúdo que consomem, podendo excluir tudo aquilo que não lhes interessa e nunca vê-lo —, porém ainda mais extremo, uma vez que os sistemas atuais não apenas dão o controle ao usuário, como já o exercem por ele (FREITAS, 2019, p. 13-14).

Embora esse mecanismo contribua para a organização das informações na internet (FREITAS, 2019, p. 13), essa atuação causa um estreitamento na percepção da realidade, de modo que uma pessoa contempla uma parcela da internet moldada conforme sua personalidade (VON ENDE; OLIVEIRA, 2021, p. 21-22). Essa percepção é chamada por Eli Pariser como filtros bolhas. Segundo o autor, essa atividade é feita de forma opaca e invisível, de modo que o usuário médio sabe muito pouco sobre a

delimitação que é feita para si e, menos ainda, sobre os motivos que levaram a essa conduta, mantendo, assim, a crença geral na imparcialidade e neutralidade das plataformas (PARISER, 2012, *apud* VON ENDE; OLIVEIRA, 2021, p. 21-22).

Para Silveira (2017, p. 271-273), o algoritmo, ao ser tratado como um produto comercializado, deve parecer mais neutro, adequado e submetido aos interesses de seus compradores. No entanto, assim como destaca o autor, “algoritmos são invenções, e, como toda invenção, guarda as intenções dos seus criadores”. Além disso, a invisibilidade dos algoritmos gera efeitos reais e de grande relevância, pois eles são contundentes na execução de sua finalidade, lícita ou não (SILVEIRA, 2017, p. 271-273). Como um exemplo real desses efeitos, pode-se citar a atuação dos algoritmos na expansão dos movimentos antivacinas durante a pandemia de COVID-19 (GRAGNANI, 2019, *online*).

No entanto, apesar de todo o exposto, faz-se necessário compreender como os algoritmos conseguem decifrar o que é relevante para cada usuário. Para essa atividade, eles contam com a ajuda de uma coleta maciça de dados gerados, pelo qual dá-se o nome de big data. Segundo Camilo Onoda Luiz Caldas e Pedro Neris Luiz Caldas (2019, p. 200), trata-se de um banco de dados com capacidades massivas de armazenamento; além disso suas principais características que os distinguem dos demais, são volume, velocidade, variedade, veracidade e valor.

Para Silveira, Marcolin e Freitas (2015, p. 4-5), volume é a principal característica estampada na sigla “big”, o qual está conectado à tendência tecnológica de gerar grandes quantidades de dados. A velocidade se traduz na necessidade de resposta em tempo real decorrente da fonte contínua de informações. A variedade de fontes simboliza as diversas possibilidades de aplicações envolvidas na geração de informações; correspondem à diversidade de origens, formas e formatos de dados. Já a veracidade e o valor correspondem, respectivamente, à autenticidade das informações coletadas e o seu preço no mercado de consumo (SILVEIRA; MARCOLIN; FREITAS, 2015, p. 4-5).

O lucro das empresas de Big Data depende da obtenção de dados dos indivíduos. Dessa forma, as empresas, para persuadir os indivíduos, oferecem serviços gratuitos, como caixa de correio eletrônico, chat, tradutor, motor de busca, redes sociais, GPS, assistência pessoal automatizada, conteúdo jornalístico ou de entretenimento, entre outros (COELHO; GAMA, 2017, p. 62).

O jornal inglês *The Economist* (2017, *online*) compara os dados pessoais a uma versão moderna do petróleo. Isso porque, segundo ele, as informações pessoais são o insumo para várias tecnologias e, na lógica do mercado capitalista, a abstração pessoal, potencializada com a utilização de seus dados, passa a ser a matéria-prima da nova economia. Ou seja, além de ser a última destinatária da cadeia de consumo, a pessoa física passa a contribuir ativamente para o modelo econômico, tornando-se o próprio produto.

No âmbito político e social, o tratamento de dados pessoais como um produto assume um paradigma coletivo (MARANHÃO, 2018, p. 7). Isso porque, além da oferta, as empresas utilizam a exploração dos instintos básicos do ser humano. Para o fazerem, recorrem aos estudos científicos que procuram compreender o pensamento humano, por exemplo o estudo realizado pelo Departamento do Cérebro e das Ciências Cognitivas do Massachusetts Institute of Technology (MIT); chegaram à conclusão de que mais de 40%

dos atos realizados diariamente pelos indivíduos resultam de hábitos, e não de decisões. (COELHO; GAMA, 2017). Dessa forma, desde a publicação desses estudos:

Pesquisadores das universidades de Duke, Harvard, UCLA, Yale, USC, Princeton, Pensilvânia, da Alemanha e da Holanda, bem como cientistas empresariais contratados pela Microsoft, pela Google e centenas de outras empresas, passaram a interessar-se pela neurologia e psicologia dos hábitos, as suas forças e debilidades, sobre como emergem e podem ser mudados (DUHIGG, 2012, p. 52).

Assim, as empresas seguem o *loop* de três estágios do hábito descoberto pelos pesquisadores da MIT. Segundo Duhigg (2012, p. 45), esse processo é descrito como deixa-rotina-recompensa que se comporta da seguinte forma:

Primeiro há uma deixa, um estímulo que manda seu cérebro entrar em modo automático, e indica qual hábito ele deve usar. Depois há a rotina, que pode ser física, mental ou emocional. Finalmente, há uma recompensa, que ajuda seu cérebro a saber se vale a pena memorizar este loop específico para o futuro (DUHIGG, 2012, p. 45).

Destarte, essas grandes empresas patrocinam estudos para identificar as deixas, como uma satisfação emocional, orgulho, alívio, sentimento de pertença, entre outros. Por exemplo, um “curtir” na rede social pode ser a recompensa para quem procura uma sensação de aprovação da sociedade. Dessa forma, não existe o “não gostei”, o que oferece a satisfação momentânea. O objetivo é estimular os níveis pré-reflexivos dos indivíduos para que adotem decisões semi-inconscientes e, conseqüentemente, maximizem os objetivos da empresa (COELHO; GAMA, 2017, p. 63-64).

É tangível que a permanência do usuário em seu website consiste no principal objetivo das plataformas sociais. Devido a isso, elas se tornaram um ambiente propício à disseminação de notícias falsas, uma vez que essas empresas visam unicamente ao lucro e não se preocupam com a veracidade ou a boa-fé do conteúdo propagado. Considerando o atual cenário de desinformação e extremismos, faz-se importante analisar o comportamento humano e entender os motivos pelos quais os absurdos descritos nas matérias tendenciosas tornaram-se tão comuns na vida cotidiana de diversos cidadãos.

3 O COMPORTAMENTO HUMANO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Nos últimos anos, os meios de comunicação passaram a exercer grande influência no indivíduo, por meio de diversos espaços e aparelhos, como TV, rádio, computadores, smartphones, tablets, console de jogos, media-centers, entre outros (CANELAS; ABREU; GODINHO, 2017, p. 23). A respeito desse processo de dispersão dos meios de informação, que está diretamente ligado ao capitalismo, a tecnologia serve

como uma fusão da economia, da política, da cultura e da racionalidade (CARRETERO, 2019, p. 85).

Max Horkheimer (2010, p. 152-154) diz que as ideias dos trabalhadores inclinam-se a ser moldadas pela ideologia comercial de seus líderes. Assim, segundo o autor, através da alteração da racionalidade, a razão tornou-se independente do indivíduo de forma que ela não se pauta mais por elementos humanos, mas por elementos relacionados à manutenção da ordem. Corrobora esse pensamento, Hannah Arendt (1999), ao elaborar a teoria da banalidade do mal, que se traduz na incapacidade de uma multidão de indivíduos fazer julgamentos morais, razão pela qual aceitam e cumprem ordens sem questionar.

[...] quando falo da banalidade do mal, falo num nível estritamente factual, apontando um fenômeno que nos encarou de frente no julgamento. Eichmann não era nenhum Iago, nenhum Macbeth, e nada estaria mais distante de sua mente do que a determinação de Ricardo III de “se provar um vilão”. A não ser por sua extraordinária aplicação em obter progressos pessoais, ele não tinha nenhuma motivação. E essa aplicação em si não era de forma alguma criminosa; ele certamente nunca teria matado seu superior para ficar com seu posto. Para falarmos em termos coloquiais, ele simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo. Foi precisamente essa falta de imaginação que lhe permitiu sentar meses a fio na frente do judeu alemão que conduzia o interrogatório da polícia, abrindo seu coração para aquele homem e explicando insistentemente como ele conseguira chegar só à patente de tenente-coronel da SS e que não fora falha sua não ter sido promovido (ARENDRT, 1999, *online*).

Ao criticar a suposta neutralidade da ciência, Hebert Marcuse (1973, p. 179-187) descreve um cenário em que a tecnologia é usada como uma forma de controle e coesão social que se estende para toda a forma de organização da vida social, trabalho, lazer e descanso, assim como a própria subjetividade e até sexualidade. Esse conceito de negação de direitos humanos fundamentais numa sociedade tecnológica é representado na obra “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley, além de “1984”, de George Orwell. Ambas as obras apresentam uma distopia no qual a tecnologia controla todas as ramificações da vida humana, desde a sexualidade até os pensamentos mais internos dos indivíduos.

De certo que crescimento exponencial do uso das redes sociais é de grande importância para os indivíduos e para as empresas pois, além de instrumentos de marketing, as redes sociais são uma ferramenta que permite observar e analisar o comportamento humano dos usuários (LORENZO-ROMERO; CONSTANTINIDES; ALARCÓN-DEL-AMO, 2011, p. 171). No entanto, “uma máquina superpoderosa, concebida originalmente para mirar com precisão incrível em cada consumidor, seus gostos e suas aspirações, irrompeu na política” (EMPOLI, 2019, p. 112-115).

De acordo com Adorno e Horkheimer (1985, p. 119-120), os próprios produtos da indústria cultural, como os filmes, rádio, TV e, atualmente, as redes sociais, paralisam a capacidade de imaginação e espontaneidade em virtude de sua própria constituição objetiva. Para eles, esses produtos instalaram de vez a violência na sociedade cultural de forma que até mesmo os mais distraídos vão consumi-los, criando assim um modelo de maquinaria econômica que desde o início interfere em todos os aspectos da vida humana. Ou seja, o homem passou a ser um simples instrumento de consumo que resultou em uma pessoa manipulada, sem percepção para ser um indivíduo formador de opinião.

Conforme discorre Giuliano da Empoli (2019, p. 114), ao valer-se das redes sociais para fins políticos e partidários, as novas propagandas eleitorais se alimentam sobretudo de emoções negativas dos usuários, através de ferramentas como teorias de conspirações, fake news e shitstorms². De certo, faz-se importante destacar que o engajamento é a única coisa que importa aos provedores de redes de comunicação como o Facebook e o Twitter, se esse engajamento traz consequências – como a interferência nas eleições ou o crescimento de movimentos fascistas – pouco importa para eles.

No parâmetro político dessa interferência, observa-se que, nas eleições democráticas tradicionais, o candidato vencedor era aquele que conseguisse ocupar o centro da arena política. Na atual situação de ingerência das redes sociais, as campanhas são feitas de forma individualizada, formulada para cada indivíduo. Essa individualização permite que ideias, até então contraditórias, coexistam sem nunca se encontrarem, até o momento do voto. O objetivo desse novo modelo de campanhas eleitorais não seria divulgar ideias pautadas no raciocínio lógico, mas inflamar paixões no maior número possível de indivíduos (EMPOLI, 2019, p. 115).

Nesse sentido, Michel Foucault (2014), ao criticar o modelo de prisão Panóptico³ idealizado inicialmente por Jeremy Bentham, ressalta que esse modelo de individualização das massas assegura o funcionamento automático do poder. Segundo o filósofo francês “o Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, os indivíduos são totalmente vistos, sem nunca verem; na torre central, vê-se tudo, sem nunca se ser visto” (FOUCAULT, 2014, *online*). Em nossa sociedade atual, esse projeto de construção carcerária perdeu seu espaço para o advento da internet, sendo possível visualizar gostos, percursos, projetos e preferências de cada usuário de modo que a revolução digital acaba por perpetuar com o modelo da sociedade panóptica que, por sua vez, se caracteriza pela transparência do usuário e a invisibilidade do vigia (QUINET, 2019, p. 140).

Logo, quando Zygmunt Bauman (2008, p. 75-96) define a insegurança e indeterminação como marcas dos tempos atuais, ele aponta que o medo está estritamente relacionado à ideia de mal. Segundo ele, a perda de confiança adveio da

² “são reações verbais difamatórias em massa contra pessoas ou instituições, que se caracterizam pelo uso de grande carga emocional em detrimento de embates argumentativos” (CALDAS; CALDAS, 2019, p. 207).

³ Trata-se de um projeto de construção carcerária fundamentada no princípio da inspeção que, por sua vez, garantia o bom comportamento dos detentos com base na vigilância contínua (BENTHAM, 2019, ebook).

percepção da sociedade “que o mal pode estar oculto em qualquer lugar, que ele não se destaca na multidão, não porta marcas distintivas nem carteira de identidade; e que todos podem estar atualmente em seu serviço, ser seus reservistas em licença temporária ou seus potenciais recrutas” (BAUMAN, 2008, p. 91). O autor continua dizendo que, na atual sociedade onde tudo e todos estão conectados, não existem sinais claramente definidos e capazes de separar o bem do mal. Não há um “risco”, pois riscos são presumíveis de perigo e, na sociedade globalizada, todos os problemas relevantes são globais e, portanto, não permitem soluções locais capazes de serem previstas. Além disso, Bauman alerta que, “tendo assolado o mundo dos humanos, o medo se torna capaz de se impulsionar e se intensificar por si mesmo” (BAUMAN, 2008, p. 172).

Indispensável destacar o pensamento de Andrew Feenberg (2002, p. 5-6), o qual afirma que as tecnologias são apenas uma ferramenta pronta para ser usada de acordo com os propósitos de seu usuário. Essa teoria leva em consideração o aspecto instrumental das tecnologias, dando a elas o caráter de neutralidade. Segundo o autor, “tecnologia é neutra porque sua essência permanece sob as mesmas normas de eficiência em todo e qualquer contexto” (FEENBERG, 2002, p. 6, tradução nossa). No entanto, Feenberg também atribui às tecnologias uma perspectiva substantivista. Esta, por outro lado, aduz que as tecnologias constituem um novo sistema cultural que reestrutura toda a sociedade mundial como um objeto de controle.

Nesse mesmo sentido, segundo Heidegger (2002, p. 12), a essência da tecnologia deve ser definida pelo ser humano. Ademais, ele destaca que essa essência deve estar além da sintaxe da máquina, de forma a proporcionar questionamentos sobre a relação homem e máquina, pois só assim o ser humano conseguirá sair dessa condição de coagido ou, como expressa Feenberg, de um objeto de controle.

Nessa oportunidade, faz-se importante estabelecer a diferença entre o controle exercido pelas normas legais e pelos algoritmos. Conforme expõe Hoffmann-Riem (2021, p. 50-60), as normas legais são produtos da ação humana, cada uma delas possui sua própria racionalidade, que, por sua vez, se baseiam nas exigências do próprio sistema legal. Ademais, a aplicação da lei é produto da interação social que se traduz através da hermenêutica jurídica. Ao analisar a criação dos algoritmos, o autor expõe que, embora o seu uso concreto não seja um ato social, os seus resultados são construções sociais (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 59). Segundo ele:

[...]. Tal desenvolvimento de software não é um ato puramente técnico – ou mesmo neutro –, mas um ato de organização social no qual objetivos e avaliações são processados; ele pode ser orientado para experiências anteriores e possíveis consequências e pode exigir seleções. Neste sentido, existem paralelos estruturais à criação de normas legais. Uma diferença central, entretanto, é que os fatores que influenciam o desenvolvimento dos algoritmos não precisam ser, e em princípio não são, normas legais (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 54).

Assim sendo, as regras na forma de algoritmos são um processo técnico, que carregam em si a impossibilidade do usuário de escolher entre opções comportamentais, pois o controle “não é feito por meio das especificações típicas nas categorias de permitido/não permitido ou do dever ser, mas diretamente pela limitação da capacidade (factual)” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 60).

Para garantir a autonomia do usuário diante dessa nova forma de manipulação e a prevenção e a minimização de riscos advindos dessa atividade, é necessário instruir o ordenamento jurídico com instrumentos legais capacitados para lidar com as novas tecnologias digitais. É nesse sentido que, em 2018, foi promulgada a Lei nº 13.709, popularmente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

4. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A TUTELA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em junho de 2013, Edward Snowden, ex-técnico da CIA, vazou documentos que revelaram os programas secretos e as ações de vigilância massiva global da National Security Agency (NSA). Segundo Snowden, Estados Unidos não só bisbilhotavam cidadãos comuns dentro e fora de suas fronteiras, mas também empresas, chefes de estados e presidentes (CHRISTOFOLETTI; TORRES, 2018, p. 2). Chamado de PRISM, o programa de vigilância contaria com a colaboração de empresas de telefonia e com algumas das maiores companhias digitais do mundo, como o Facebook, a Microsoft, a Apple e o Google (KARASINSKI, 2013, *online*).

Em julho de 2021, outro escândalo envolvendo espionagem veio à tona. A Forbidden Stories⁴ conseguiu uma lista de 50 mil números que podem ser invadidos pelo programa espião PEGASUS, criado pela empresa israelense NOS Group, que, por sua vez, assegura que seus produtos são vendidos exclusivamente para governos e operacionalizados por agências governamentais autorizadas (ENTENDA..., 2021, *online*). Considerado um dos programas de espionagem mais completos e avançados disponíveis no mercado, o *spyware* possibilita o acesso remoto ao dispositivo a partir de links que expõem o sistema operacional, capaz de fazer ataques sem qualquer ação da vítima e tendo uma capacidade invasiva praticamente irrestrita (PALMEIRA, 2021, *online*).

Um estudo realizado pela Universidade de Oxford, na Inglaterra, em 2018, denominado “Desafiando a verdade e a confiança: um inventário global da manipulação organizada das mídias sociais” (PESQUISA..., 2021, *online*), apurou que, ao menos em 48 países, foram identificados atores políticos que fazem o uso da internet para manipular a opinião pública através da coleta de dados pessoais de forma indevida.

Visto todo o exposto, pela circunstância da incessante busca de aperfeiçoamento como razão de ser da ciência do Direito, instruída pelo positivismo jurídico de Miguel Reale (2000, p. 233), no dia 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Inspirada, especialmente, pelo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, a Lei nº 13.709, de 2018, tem o objetivo de proteger os direitos

⁴ “[...] organização sem fins lucrativos de Paris e da Anistia Internacional” (G1, 2021).

fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (PINHEIRO, 2021, p. 15-16).

4.1 O DIREITO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Inicialmente, mostra-se importante destacar que o tratamento de dados pessoais de pessoas físicas no Brasil já era protegido no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) e na Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/11). No entanto, a questão era observada de forma difusa e sem objetividade acerca dos critérios para definir se houve ou não guarda, manuseio e descarte necessários para manter os padrões mínimos de segurança (PINHEIRO, 2021, p. 10).

Conforme disciplina o art. 2º da LGPD, os fundamentos para a proteção de dados pessoais são o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Nesse sentido, Rodotà (2008, *apud* KORKMAZ, 2019, p. 41) estabelece que uma das premissas a um ambiente jurídico favorável à circulação dos dados pessoais seria a disciplina de categorias específicas de informações. À vista disso, a LGPD oferece um tratamento mais rígido em se tratando de dados pessoais considerados sensíveis; conforme determina o art. 5º, II da supracitada lei, são aqueles dados pessoais sobre a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Por se tratar de um rol exemplificativo, há outros dados que podem ser considerados sensíveis, mas que não foram citados expressamente pela referida lei.

Segundo Laura Schertel Mendes (2014, p. 77), esse tratamento diferenciado se explica pela alta probabilidade de riscos à personalidade, sobretudo em vista de práticas discriminatórias devido a sua natureza. Outrossim, essa proteção diferenciada reflete-se na ampliação das exigências legais para o consentimento do indivíduo sobre a disposição de seus dados pessoais, o tratamento desses dados pelo responsável e o aumento de controle pela autoridade administrativa para autorização de armazenamento, processamento e circulação dos dados sensíveis (MENDES, 2014, p. 74). A partir da tendência de se resguardar uma série de posições individuais e coletivas relevantes no âmbito da informação no que se refere aos riscos do uso destes dados, o reconhecimento da autodeterminação informativa assumiu um status de direito fundamental e não apenas de um sigilo (KORKMAZ, 2019, p. 43).

A LGPD estabeleceu como linha mestra para o tratamento de dados pessoais o consentimento pelo titular, ressalvada em casos específicos elencados no seu artigo 7º. Nesse sentido, o poder de controlar as suas próprias informações manifesta-se como poder negativo, “ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada” (MULHOLLAND, 2016, p. 3).

A partir da nova concepção do direito à privacidade como um direito à autodeterminação informativa⁵, é viável indicar um aspecto subjetivo que se traduz na possibilidade de cada indivíduo determinar a sua própria exposição no tecido social. Logo, essa exposição pode se concretizar em condições limitadoras do livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, considerando que a informação coletada cresce em relevância para diversos setores sociais, a garantia do uso adequado dessas informações estabelecerá uma relação direta com o gozo dos direitos fundamentais na sociedade (KORKMAZ, 2019, p. 46-47).

O art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, constitui objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. É nesse sentido que o princípio da não discriminação é um dos mais relevantes quando se analisa o tratamento de dados pessoais sensíveis, seja por ente privado, seja por entes públicos (MULHOLLAND, 2018, p. 166).

Assim, quando se fala em processo eleitoral democrático na era digital, a proteção mais rigorosa aos dados pessoais sensíveis, como a opinião política, autoriza uma participação mais ampla e igualitária do cidadão na vida pública e, desta forma, constitui por si só uma nova forma de cidadania (BAIÃO; GONÇALVES, 2014, p. 18). Além disso, segundo Baião e Gonçalves (2014, p. 19), para a proteção real à privacidade, é necessário conceder aos usuários um poder de controle direto e contínuo sobre o tratamento de dados.

A coleta de dados pelo poder público justifica-se, primeiramente, pela necessidade de embasamentos para a tomada de decisões. O cidadão, contudo, não pode ser considerado um simples fornecedor da informação, antes deve ser permitida também a sua intervenção com a finalidade de controlar a exatidão das informações coletadas e a correção de seu tratamento (BAIÃO; GONÇALVES, 2014, p. 18).

Nessa perspectiva de controle das próprias informações, a Constituição Federal de 1988 traz a ferramenta do habeas data em seu art. 5º, XXXIII. No entanto, o simples remédio constitucional não é capaz de, sozinho, enfrentar o problema atual do uso de dados. Conforme discorreu Danilo Doneda (2020, *online*), historicamente, o habeas data foi concebido em uma sociedade recém-saída de um regime militar cujo principal objetivo é repelir o uso autoritário das informações pessoais em mãos do poder público.

Um primeiro exame revela que: (i) trata-se de uma ação que visa a assegurar um direito presente em nosso

⁵ Proposta inicialmente por Stefano Rodotà, traduz-se na autonomia do indivíduo na sociedade de informação e propõe um novo conceito de privacidade: da definição histórica do direito de ser deixado só, para o direito à autodeterminação informativa”. Este, por sua vez, engloba: o direito de manter o controle sobre as próprias informações; o direito de escolher aquilo que será revelado e o direito ao esquecimento (BAIÃO; GONÇALVES, 2014).

ordenamento jurídico, ainda que não expresso literalmente; (ii) as duas consequências positivas possíveis da ação seriam restringir o coato a revelar a informação sobre o impetrante e, no caso da sua inexatidão, proceder à sua retificação. Assim também somos introduzidos à terminologia e ao campo de legitimação da ação. Utiliza-se, naturalmente, o termo impetrante, sujeito que além de mover a ação aparentemente deve fazê-lo para conhecer apenas as informações que dizem respeito à sua pessoa. A seguir, vemos que a ação somente é possível em caso de bancos de dados “de entidades governamentais ou de caráter público”. Várias consequências dessa escolha terminológica são hoje claras. Vejamos: ao mesmo tempo em que nunca é demais ressaltar que o habeas data formalmente não representa uma mudança no perfil material do direito à privacidade, o fato é que ele serviu para atrair para si a responsabilidade por sua tutela pela respectiva efetividade (DONEDA, 2020, *online*).

Dessa forma, segundo autor, ao se analisar a aplicação do habeas data em nosso ordenamento, sua estruturação e o atual momento dos sistemas estrangeiros de proteção de dados pessoais, pode-se falar que o ordenamento jurídico brasileiro é o que oferece um dos instrumentos de proteção de privacidade mais pobres e inefetivos. Isso porque, segundo Dalmo Dallari (*apud* DONEDA, 2020, *online*), o remédio constitucional brasileiro acaba por se resumir ao direito de acesso e retificação das informações, o que sucede apenas a uma função simbólica (DONEDA, 2020, *online*).

Insta observar que as críticas ao remédio constitucional e a ineficácia de proteção de dados no atual cenário de evolução tecnológica envolvem o aspecto formal do papel do habeas data. Sendo assim, segundo Danilo Doneda (2020, *online*), a pluralização da ação de habeas data, atualizando-a para atender as necessidades de um sistema moderno de proteção de dados pessoais, e a ampliação da função instrumental do remédio para além do direito ao acesso e a retificação, como também de proteção dos dados pessoais, seriam suficientes para superar os impasses e indefinições que circundam a proteção de dados pessoais no Brasil.

De acordo com o art. 18 da lei nº 13.709/18, são direitos do titular: a obtenção da confirmação da existência de tratamento; o acesso aos dados; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na lei; a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto; a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; a informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e consequências da negativa; a revogação do consentimento.

Ao conceber essas diversas inovações ao ordenamento jurídico em relação ao tratamento de dados, é imprescindível atender a fiscalização dessas normas regulatórias, bem como garantir o respeito aos direitos e garantias do titular. Para essas funções, o art. 55-A da Lei n. 13.709/18 criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

4.2 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Segundo Patrícia Peck (2021, p. 20), a ANPD desempenha o papel de elo entre as diversas partes interessadas que vão desde o titular aos entes privados e ao poder público. Além disso, segundo a autora, a ANPD necessita se alinhar com as demais autoridades reguladoras e fiscalizadoras, bem como com os poderes da república, pois a dinâmica de proteção de dados não se relaciona apenas ao contexto nacional, mas principalmente ao internacional.

É nesse sentido que o legislador se certificou de prover à LGPD um alcance extraterritorial, ou seja, conforme os incisos II e III do art. 3º, as normas terão efeitos internacionais “na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou que estivessem no Brasil” (PINHEIRO, 2021, p. 17).

Andrade e Barreto (2020, p. 67) definem a autoridade fiscalizadora como o sustentáculo da estrutura normativa da lei brasileira referente à proteção de dados pessoais. Segundo os autores, “dos 120 países que possuem legislação específica voltada à proteção de dados, somente dois, quais sejam, Angola e Nicarágua, não instituíram uma autoridade autônoma para assegurar a materialidade da lei” (ANDRADE; BARRETO, 2020, p. 67).

Embora seja inegável a importância da existência da ANPD, o art. 55-A considera a autoridade um órgão da administração pública federal indireta, integrante da Presidência da República. Ou seja, além de possuir função exclusivamente administrativa, a cúpula diretiva do órgão é preenchida por cargos comissionados nomeados pelo poder central. Nesse sentido, o legislador acolheu a tese de Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 214) do conceito material de descentralização administrativa. Segundo o autor, a atribuição de personalidade jurídica própria a um ente não é requisito indispensável para garantir sua autonomia funcional, mas sim a não vinculação hierárquica.

É esta descentralização – material e efetiva – que leva ao pluricentrismo da Administração Pública contemporânea. Pouco importa, repita-se, que seja instrumentalizada em entidades dotadas de personalidade jurídica ou em órgãos internos despersonalizados. Em todos estes casos haverá descentralização se forem outorgadas prerrogativas e garantias suficientes ao desempenho autônomo de funções destacadas do poder central.³⁵ A nota fundamental é a não vinculação hierárquica (ARAGÃO, 2013, p. 2016).

De certo que o art. 55-B assegura a autonomia técnica e decisória à ANPD. No entanto, tendo em vista o atual quadro político onde as redes sociais do Presidente da República exercem função de Diário Oficial, além do governo brasileiro ser um dos principais agentes de desinformação e propagação de fake news, conforme aponta

relatório da ONG ARTIGO 19⁶ (2021, p. 41), e das fortes tradições intervencionistas enraizadas na administração pública, a falta da plena autonomia do órgão mostra-se deveras preocupante.

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 134), o controle da atividade por um ente descentralizado parece preferível sempre que pressupõe conhecimentos técnico-científicos ou importa no acompanhamento de atividades econômicas ou financeiras – o que é o caso em tela, visto que o tema é de melindrosa ordem técnica além de que a própria lei traz artigos pendentes de complementação pela ANPD (ANDRADE; BARRETO, 2020, p. 68-69). Contudo, conforme alega Patrícia Peck Pinheiro:

De maneira geral, pode-se afirmar que a constituição da ANPD e o seu empoderamento adequado, com os devidos investimentos necessários em termos de orçamento, recursos técnicos e humanos, é essencial para que o enforcement da Lei de Proteção de Dados seja possível, ou seja, é esse regulamento que torna a aplicação da lei possível. Isso ocorre porque um regulamento com previsão de sanções sem órgão fiscalizador não tem efetividade nem garantia de funcionamento (PINHEIRO, 2021, p. 23).

Em um panorama internacional sobre a natureza jurídica das autoridades de proteção de dados, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (2016, *online*) impôs aos estados-membros a designação de uma ou mais autoridades públicas independentes para a fiscalização e aplicação das regras. Ademais, Philip Schütz (SCHÜTZ, 2012, p. 5-6 *apud* RUARO; SILVA, 2021, p. 912) entende que a estrutura das agências, tendo em vista que a função precípua dessa autoridade é a fiscalização do tratamento de dados realizados tanto por entes privados quanto públicos, deve ser completamente independente desses poderes para o fiel cumprimento de suas obrigações legais (RUARO; SILVA, 2021, p. 919).

Na Argentina, a lei de Protección de los Datos Personales (ARGENTINA, 2000, *online*) criou a Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, que, inicialmente, pertencia a um órgão da administração direta, subordinada a uma secretaria do Ministério da Justiça. No entanto, em 2017, a estrutura foi atualizada para acompanhar a evolução tecnológica, passando, dessa forma, a fazer parte da administração indireta do Estado, justamente para não sofrer de ingerências hierárquicas durante investigações de infrações do poder público (RUARO; SILVA, 2021, p. 931).

Outros quesitos que trazem dificuldades à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais brasileira para efetivar sua competência fiscalizatória são: a livre nomeação e exoneração dos membros pelo Presidente da República e os reduzidos poderes investigativos concedidos à autoridade (SIMÃO; OMS; TORRES, 2019, p. 36-39).

⁶ Trata-se de uma organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

No tocante à nomeação, o art. 55-D, §1º, estabelece que “os membros do Conselho diretor da ANPD serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal [...]”; da forma como está exposta, caso um membro decida investigar um órgão público, haveria espaço para retaliações por parte do Presidente. Sobre o assunto, expõe Simão, Oms e Torres (2019, p. 36):

[...] a vinculação da autoridade à administração direta e a livre nomeação dos membros pelo Presidente da República, sem participação da oposição, influencia sua eficácia e dificulta a concretização da independência enquanto órgão fiscalizador, em que pese na letra fria da lei estar disposta a autonomia do órgão.

Necessário pontuar, também, os reduzidos poderes investigatórios conferidos pela LGPD em comparação a outros países com legislações semelhantes. Ao dispor sobre o poder investigativo da autoridade, o art. 55-J, inciso IV, reduz sua atribuição à interposição de processo administrativo e nada fala sobre poderes para requisitar acesso a base de dados e sistemas de arquivamento, tampouco para fazer busca e apreensão (SIMÃO; OMS; TORRES, 2019, p. 37).

O art. 55-A, § 1º da Lei nº 13.709/2018, traz a possibilidade de transformar a natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais em autarquia em regime especial. Esta seria preferível, visto que, entre as suas peculiaridades diante das demais, se encontram a presença de dirigentes estáveis e mandatos fixos (MAZZA, 2020, p. 214-215). Além disso, confere a eles um distanciamento necessário para a atuação do regulador pautada na sua autonomia para dispor dos instrumentos regulatórios, longe de influências hierárquicas e governamentais, como a tentativa frustrada de Bolsonaro de interferir na ANVISA⁷ (CARVALHO, 2020, p. 123-124).

Como pontos positivos capazes de amenizar a influência governamental na ANPD, pode-se citar a composição da autoridade, prevista no art. 55-D da Lei n. 13.709/18, que prevê mandato de 4 anos para o conselho diretor do órgão. Assim, embora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais conduziu diversas inovações legislativas, a autoridade fiscalizatória, nas suas atuais circunstâncias, encontra embaraços para a efetividade da norma. No entanto, assim como o que aconteceu na Argentina, é possível uma atualização para prover a plena autonomia à entidade, bem como aumentar seu poder investigativo para que, finalmente, alcance um cenário de efetiva proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda pesquisa realizada, entende-se que os algoritmos são operações matemáticas que funcionam através da probabilidade de ações; eles são capazes de filtrar as postagens de acordo com as preferências e gostos de maneira individualizada.

⁷ Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/presidente-da-anvisa-confirma-que-bolsonaro-tentou-alterar-bula-da-clo/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Isso torna possível a compreensão do porquê de os dados pessoais serem considerados o novo petróleo da era digital.

Além disso, o presente trabalho mostrou que, ao contrário do que se presume, os algoritmos não são entidades estáveis e, quando se trata de um produto comercial, as empresas utilizam-se de estudos que tratam sobre o cérebro humano para atrair a atenção do destinatário. Dessa forma, a publicidade na era digital, além de ser individualizada para cada usuário, aproveita-se dos instintos básicos do ser humano para que adotem decisões semi-inconscientes e, conseqüentemente, maximize os objetivos da empresa.

O comportamento humano é uma das maiores incógnitas da filosofia. Durante muitos anos, diversos filósofos tentaram explicar a manipulação humana que acontece diante de diversos fatores como ética, hierarquia, religião, ciência, redes sociais, entre outros. No entanto, a manipulação exercida através dos algoritmos assume caráter especial ao utilizar-se da limitação da capacidade factual do ser humano e não apenas das regras básicas do permitido ou não permitido.

Diante das diversas novidades que a Lei n. 13.709/18 trouxe ao ordenamento jurídico, uma das principais retratadas no presente trabalho trata da categoria dos dados sensíveis. Apesar de ser abordada na Lei do Cadastro Positivo, a categorização das informações corrobora as premissas de proteção do indivíduo e do desenvolvimento econômico. Esse tratamento diferenciado se explica pela alta probabilidade de riscos à personalidade do indivíduo, sobretudo em vista de práticas discriminatórias. Dessa forma, a lei garante a proteção da autodeterminação informativa promovendo o princípio da não discriminação, constituído como objetivo fundamental da república (art. 3º, IV, CF).

Outrossim, foi observado que somente a figura do habeas data não é suficiente para a proteção do indivíduo diante do uso dos seus dados, pois sua concepção se deu em caráter de pós-ditadura, em que as informações eram utilizadas de forma autoritária pelo poder público. Além disso, na atual estrutura do remédio constitucional, a sua utilização resume-se em modificar ou excluir determinada informação do banco de dados, o que, considerando a atual estrutura tecnológica de uso de dados, é ineficaz para garantir a proteção da pessoa física.

No entanto, apesar dos consideráveis avanços em relação ao tratamento de dados, o art. 55-A estabeleceu a natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais como um órgão da administração pública federal – o que, considerando o cenário atual, é de extrema preocupação. Além disso, a LGPD, comparada a outras legislações semelhantes, reduziu a atividade investigativa da autoridade, nada falando sobre a possibilidade de acessar banco de dados de terceiros, tampouco de fazer busca e apreensão.

Considerando o exposto, conclui-se que a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe grandes avanços ao ordenamento jurídico brasileiro ao versar sobre o tratamento de dados pessoais. No entanto, a natureza jurídica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados é essencial para garantir a eficácia da lei. Não há como se falar sobre plena fiscalização, tanto de empresas privadas quanto de órgãos públicos, se a principal autoridade no assunto é diretamente ligada ao poder público, ficando refém de influências hierárquicas e governamentais.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- ANDRADE, D. de C. M.; BARRETO, R. H. A. A ausência da atividade fiscalizadora na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua ineficácia. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - Redes**, Canoas, v. 8, n. 2, p. 61-73, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5407>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- ARAGÃO, A. S. de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos de direito regulatório. 2. ed. Nova York/USA: Laccademia Publishing, 2014. Ebook.
- ARENDDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Rio de Janeiro/RJ: Companhia das Letras, 1999.
- ARGENTINA. **Proteccion de los Datos Personales**. Lei nº 25.326/2000, Buenos Aires, 2000. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25326-64790/actualizacion>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- BAIÃO, K. C. S.; GONÇALVES, K. C. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-24, dez. 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- BAUMAN, Z. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BBC. **Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2021.
- BENTHAM, J. **O panóptico**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/81000/mod_resource/content/1/TC%20O%20pan%C3%B3ptico.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

CALDAS, C. O. L.; CALDAS, P. N. L. Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos e vulnerabilidade no contexto do big-data, das fake news e das shitstorms. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 196-220, jun. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1981-5344/3604>. Acesso em: 07 maio 2021.

CANELAS, C.; ABREU, J. F. de; GODINHO, J. A produção, difusão e recepção de conteúdos telejornalísticos na era da convergência digital. **Animus. Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, Santa Maria, v. 16, n. 31, p. 22-37, 7 jul. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/2175497720343>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CARRETERO, G. H. Transformações do capitalismo e formação do indivíduo: contribuições da Escola de Frankfurt na análise das eleições presidenciais nos EUA e Brasil. **Fractal: Revista de Psicologia**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 83, 30 jul. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22409/1984-0292/v31i2/5619>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CARVALHO, J. P. A. L. da F. A natureza jurídica da autoridade nacional de proteção de dados à luz da Teoria do Estado Regulador: há espaço para a adoção do conceito material de descentralização administrativa no Brasil?. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 118-132, 12 out. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26512/lstr.v12i2.34714>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CHRISTOFOLETTI, R.; TORRES, R. J. Jornalistas expostos e vulneráveis: ataques digitais como modalidade de risco profissional. **Revista Famecos**, Santa Catarina, v. 25, n. 3, p. 1-20, 23 ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.15448/1980-3729.2018.3.29210>. Acesso em: 02 ago. 2021.

COELHO, F. L.; GAMA, J. M. P. da. Aquarização: perspetivo sobre a sociedade do Big Data. **Revista de Ciências da Computação**, Porto, v. 12, n. 12, p. 58-72, nov. 2017. Disponível em: <https://journals.uab.pt/index.php/rcc/article/view/7>. Acesso em: 04 maio 2021.

DAVEY, M. Red Cross Blood Service data breach: personal details of 550,000 blood donors leaked. **The Guardian**, 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/australia-news/2016/oct/28/personal-details-of-550000-red-cross-blood-donors-leaked-in-data-breach>. Acesso em: 08 set. 2021.

DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law (EJLL)**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315> Acesso em: 15 jun. 2021.

DONEDA, D. C. M. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DUHIGG, C. **O poder do hábito**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

EMPOLI, G. da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestígio, 2019.

FEENBERG, A. **Transforming technology: a critical theory revisited**. New York: Oxford University Press, 2002.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

FREITAS, A. O. P. de. **Regulação de algoritmos das redes sociais: considerações acerca dos efeitos da segregação de usuários**. 2019. 63 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23434>. Acesso em: 03 jun. 2021.

ENTENDA o que é o Pegasus, software de espionagem que teria sido usado para invadir smartphones de milhares de pessoas. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/19/entenda-o-que-e-o-pegasus-software-de-espionagem-que-teria-sido-usado-para-invadir-smartphones-de-milhares-de-pessoas.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2021.

GRAGNANI, J. Rede antivacina no Brasil importa teorias da conspiração dos EUA e cresce com sistema de recomendação do YouTube. **BBC News Brasil**, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48695113>. Acesso em: 26 jun. 2021.

HEIDEGGER, M. **Ensaio e conferências**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOFFMANN-RIEM, W. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992262/cfi/6/40!/4/1518/4@0:0>. Acesso em: 04 abr. 2021.

HORKHEIMER, M. **Eclipse da razão**. 7. ed. São Paulo: Centauro, 2010.

HUXLEY, A. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014.

INFODEMIA E COVID-19: a informação como instrumento contra os mitos. [S. l.]. **Artigo 19**, 2021. Disponível em: <https://artigo19.org/2021/05/17/infodemia-e-a-covid-19-a-informacao-como-instrumento-contr-os-mitos/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

JURNO, A. C.; DALBEN, S. Questões e apontamentos para o estudo de algoritmos. **Parágrafo**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 17-29, jun. 2018. Disponível em: <http://revistas eletronicas.fiamfaam.br/index.php/recifoi/article/view/709>. Acesso em: 03 jun. 2021.

KARASINSKI, L. PRISM: entenda toda a polêmica sobre como os EUA controlam você. **TecMundo**, 2013. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/privacidade/40816-prism-entenda-toda-a-polemica-sobre-como-os-eua-controlam-voce.htm>. Acesso em: 08 ago. 1999.

KEMP, S. Digital 2020: 3.8 billion people use social media. **We are Social**, 2020. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media>. Acesso em: 25 maio 2021.

KORKMAZ, M. R. D. C. R. **Dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: mecanismos de tutela para o livre desenvolvimento da personalidade. 2019. 118 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019.

LEMOS, P. do P. F. **O sujeito e o gozo escópico na sociedade contemporânea conectada**. 2014. 197 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17060>. Acesso em: 06 jul. 2021.

LORENZO-ROMERO, C.; CONSTANTINIDES, E.; ALARCÓN-DEL-AMO, M. D. C. Consumer adoption of social networking sites: implications for theory and practice. **Journal of Research in Interactive Marketing**, [S. l.], v. 5, n. 2/3, p. 170-188, 7 jun. 2011. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/17505931111187794/full/html>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MARANHÃO, M. **Internet e política**: as mídias sociais como ferramentas de manipulação da opinião pública. 2018. 57 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/25403>. Acesso em: 26 abr. 2021.

MARCUSE, H. **O Homem Unidimensional**: a ideologia da sociedade industrial. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEIRELLES, F.; OLIVA, R. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-565, ago. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000400003>. Acesso em: 11 set. 2021.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, L. S.; DONEDA, D. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 555-587, dez. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/42740879/Coment%C3%A1rio_%C3%A0_nova_Lei_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_lei_13_709_2018_o_novo_paradigma_da_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_no_brasil. Acesso em: 19 ago. 2021.

MORAIS, A. de. **Agências reguladoras**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522474417/pageid/4>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MULHOLLAND, C. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade: comentário ao resp 1.195.995. **Civilistica.Com**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 1-11, jul. 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>. Acesso em: 15 maio 2021.

MULHOLLAND, C. S. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 159-180, 29 dez. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1603>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ORWELL, G. 1984. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2009.

PALMEIRA, C. Pegasus: software espião coloca liberdade em risco, diz especialista. **TecMundo**, 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/221444-pegasus-spyware-colocar-risco-liberdade-diz-especialista.htm>. Acesso em: 08 ago. 2021.

PESQUISA de Oxford mostra uso de mídias sociais para manipulação política. **Mediatalks**, 2021. Disponível em: <https://mediatalks.uol.com.br/2021/01/20/pesquisa-de-oxford-mostra-uso-de-midias-sociais-para-manipulacao-politica/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de dados pessoais**: comentários à lei n. 13.709/2018. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595123/cfi/6/10!/4/2@0:0.00>. Acesso em: 18 maio 2021.

PRESS, A. (org.). Facebook apaga foto da Guerra do Vietnã e premiê da Noruega republica. **G1**, 2016. <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/09/facebook-apaga-foto-da-guerra-do-vietna-e-premie-da-noruega-republica.html>. Acesso em: 03 jun. 2021.

QUINET, A. Paranoia das massas da era digital: os softdiotas e a bigbrotherização. **Psicanálise & Barroco em Revista**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 139, 29 out. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.9789/1679-9887.2019.v17i2.139-155>. Acesso em: 22 jul. 2021.

REALE, M. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502135437/pageid/4>. Acesso em: 08 ago. 2021.

REGULAMENTO Geral de Proteção de Dados da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

RUARO, R. L.; SILVA, C. A. C. Proteção de Dados e o Acordo de Livre Comércio Mercosul – União Europeia: notas sobre a adequação da autoridade nacional de proteção de dados no Brasil. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 98, p. 909-944, abr. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4068>. Acesso em: 12 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA multa Google em € 2,4 bilhões por monopólio em compras online. **O Estado de S. Paulo**, 2017. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,google-e-multado-em-2-4-bilhoes-de-euros-por-favorecimento-em-compras-online,70001865813>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SILVEIRA, M.; MARCOLIN, C. B.; FREITAS, H. M. R. de. **O Big-Data e seu uso corporativo**: uma revisão de literatura. 2015. Disponível em: <https://singep.org.br/4singep/resultado/245.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

SILVEIRA, S. A. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 267, 26 jul. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v21n1p267-281>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SIMÃO, B.; OMS, J.; TORRES, L. Autoridades de Proteção de Dados na América Latina: um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai. **IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**, São Paulo, p. 1-59, maio 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 12 set. 2021.

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/weeklyedition/2017-05-06>. Acesso em: 19 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation**. 2016/679. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 12 nov. 2021.

UT, N. **The Terror of War**. 1972. Disponível em: <http://100photos.time.com/photos/nick-ut-terror-war>. Acesso em: 26 jun. 2021.

VON ENDE, L. B.; OLIVEIRA, R. S. de. Atuação de algoritmos no direcionamento de conteúdo na internet. **Revista Ilustração**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 19-28, 3 jan. 2021.

Disponível em: <http://journal.editorailustracao.web36f03.kinghost.net/index.php/ilustracao/article/view/7>. Acesso em: 23 abr. 2021.

A transmissão dos julgamentos pelas Cortes Supremas e a influência na cognição judicial

*The broadcasting of trials by the Supreme Courts
and the influence on judicial cognition*

LUCIANA CECÍLIA MORATO

Doutoranda em Direito Processual (Universidade de Coimbra/Portugal)

E-mail: lucianaceciliamorato@hotmail.com

JÚLIA VIEIRA FIRMINO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: juliafirmino@unipam.edu.br

Resumo: O presente estudo aborda a transmissão dos julgamentos e em que medida este mecanismo de publicidade imediata influencia na cognição judicial das Supremas Cortes, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal e Suprema Corte Norte-Americana. A partir de um estudo acerca do princípio da publicidade, a presente pesquisa busca demonstrar a influência negativa da transmissão dos julgamentos pelas Supremas Cortes a partir da inobservância do dever de imparcialidade do juiz na prestação da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Publicidade. Imparcialidade. Transmissão de julgamentos. Cognição Judicial.

Abstract: This study addresses the broadcasting of judgments and to what extent this mechanism of immediate publicity influences the judicial cognition of the Supreme Courts, specifically, the Federal Supreme Court and the Supreme Court of the United States. Based on a study of the principle of publicity, this research intends to demonstrate the negative influence of the broadcasting of trials by the Supreme Courts, due to the judge's lack of impartiality in judicial activity.

Keywords: Publicity. Impartiality. Broadcasting of trials. Judicial Cognition.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a transmissão dos julgamentos pelas cortes supremas, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal e pela Suprema Corte norte-americana.

É feita incursão nos princípios da publicidade e do dever de imparcialidade do juiz para que possa se aferir o grau de contaminação cognitiva ocasionado pela violação às premissas basilares de tais princípios.

Passa-se, então, à análise do objetivo inaugural da transmissão dos julgamentos pela “TV Justiça” e sua interpenetração com os princípios supramencionados.

A partir daí, é feita explanação acerca do estado da arte da utilização dos meios de comunicação social como mecanismos de efetivação do acesso à informação,

elencando-se causas e consequências do modo como a publicidade mediata das decisões que emanam da Suprema Corte brasileira vem sendo transmitida.

Por fim, é feita breve pincelagem sobre como tal televisionamento dos julgamentos proferidos na Suprema Corte norte-americana é realizado, para que haja um parâmetro comparativo entre, pelo menos, dois ordenamentos jurídicos distintos, a fim de que se possa chegar a uma conclusão acerca da influência da transmissão dos julgamentos pelas cortes supremas na cognição judicial.

2 DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Inicialmente, cumpre ressaltar que o princípio da publicidade é assegurado ao homem desde 1948, através do art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como através do art. 6º, I, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950.

Em âmbito nacional, o princípio da publicidade é consagrado no corpo constitucional junto aos artigos 5º, LX, e 93, IX. O artigo 5º, LX, dispõe que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. No mesmo sentido, o artigo 93, IX, prega:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

Embora o princípio da publicidade já estivesse nitidamente previsto como direito fundamental na Lei Maior, o Código de Processo Civil – em decorrência de um fetiche que o brasileiro possui para com a lei infraconstitucional – reproduziu tal comando normativo junto às suas disposições, especificamente nos artigos 8º, 11, 26, III, 189 e 194 do referido dispositivo.

O controverso artigo 8º do CPC/15, que nos remete ao art. 5º da LINDB, sustenta-se em uma prodigalidade normativa da publicidade do processo, ao exigir a sua observância obrigatória, enquanto os demais artigos infraconstitucionais supramencionados reforçam sua incidência e aplicação (CUNHA, 2016).

O princípio da publicidade surgiu em decorrência de um Estado Liberal que possuía premissas tendentes à vedação de julgamentos arbitrários e secretos, ao garantir a participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Sendo assim, o princípio da publicidade está diretamente relacionado ao direito de acesso à fonte informativa (art. 5º, XIV, CF), sendo, uma delas, os atos processuais (ABDO, 2012).

A publicidade é, em verdade, mecanismo de controle popular para verificação da constitucionalidade do que está sendo discutido naquele meio, in casu, o que nos interessa, diretamente, no processo. “Esta é uma garantia de controlabilidade do

processo, já que permite que toda a sociedade exerça um controle difuso sobre o conteúdo dos atos processuais” (CÂMARA, 2015, p.13).

Importante destacar que a doutrina estudiosa do princípio da publicidade faz classificações acerca deste, conceituando, por exemplo, o que venha a ser publicidade mediata e imediata (ABDO, 2012).

“É possível ainda distinguir a publicidade imediata, que se realiza pela presença e contato direto com os atos processuais, e a publicidade mediata, que resulta principalmente da divulgação desses mesmos atos pelos meios de comunicação” (ALMADA, 2004).

Helena Abdo (2012, p. 07), em sua tese de doutoramento, sustentou, inclusive, que “a publicidade mediata dos atos processuais, se bem exercida, pode, sim, ser considerada como parte integrante da garantia geral da publicidade, prevista na Constituição da República, em seu artigo 93, IX”.

Os princípios da publicidade, imparcialidade e fundamentação das decisões estão intimamente interpenetrados, podendo-se afirmar:

a exigência de publicidade e de motivação das decisões judiciais gera a possibilidade de aferição concreta de imparcialidade do juiz (neutralidade diante das partes), de legalidade da decisão (conformidade legal) e o exame das escolhas valorativas do juiz nos casos de conceitos jurídicos indeterminados, como “bons costumes”, “exercício regular de direito”, “interesse público”, etc (somente sendo motivada a decisão, é possível saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha ou se ultrapassou os limites da discricção, caindo no arbítrio) (ALMADA, 2004).

Sendo assim, o presente estudo desenvolve-se sob a perspectiva da publicidade mediata, ao trabalhar a transmissão dos julgamentos pelas supremas cortes e em que medida a divulgação dos atos processuais pelos meios de comunicação tem o condão de influenciar na cognição judicial, passando, então, agora, à análise do dever de imparcialidade na construção do pronunciamento jurisdicional.

3 DO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO JUIZ NA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Conforme exposto no tópico anterior, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais asseguram, assim como o princípio da publicidade, o direito de julgamento por um juiz imparcial.

Afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 58) que a imparcialidade do juiz é pressuposto de validade para a instauração do processo, sendo a primeira condição imposta ao juiz para que este possa exercer sua função.

O próprio Código de Ética da Magistratura dispõe acerca do dever de imparcialidade dos juízes ao regular que: Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Por isso, são constitucionalmente proibidos os Tribunais de Exceção bem como são consideradas nulas as sentenças proferidas por juízes impedidos ou suspeitos, mesmo depois de transitadas em julgado.

A fim de salvaguardar os jurisdicionados de uma possível contaminação cognitiva judicial, o Código de Processo Civil elenca hipóteses de impedimento (parcialidade por causa objetiva) e suspeição (parcialidade por causa subjetiva) do juiz e, igualmente, procedimentaliza suas suscitações endoprocessualmente.

Nessa esteira, jaz imprescindível a distinção dos vocábulos neutralidade e imparcialidade uma vez que, diuturnamente, vê-se a afirmação de que o juiz deve agir com neutralidade para com as partes, expressão esta de total imperícia.

Sobre essa diferenciação terminológica, esclarece Nelson Nery Júnior (2013, p. 154), *verbis*:

A imparcialidade está ligada à independência do juiz e é manifestação do princípio do juiz natural (CF, 5.º XXXVII e LIII). Todos têm o direito de ser julgados pelo seu juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei. Entretanto, não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, neutralidade quanto às coisas da vida (neutralidade objetiva), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa.

Nesse íterim, percebe-se ainda que a construção de pronunciamentos jurisdicionais motivada por razões não-jurídicas compromete de maneira radical a própria essência do processo – como procedimento em contraditório – uma vez que argumentos políticos ou morais não submetidos ao crivo do contraditório deságuam na quebra do dever de imparcialidade do juiz (FAZZALARI, 2012).

Eduardo José da Fonseca Costa (2016, s.p.) faz interessante estudo interdisciplinar acerca da imparcialidade e da influência dos vieses cognitivos e afirma:

Afinal, é preciso – ante os índices científicos de que o juiz também está sujeito a vieses cognitivos – que esse risco seja erradicado ou minimizado até a sobrevivência de mais informações. Entendimento contrário infundiria um sistema processual que assume temerariamente o risco de juízes sistemática e inconscientemente parciais. É preciso

frisar que o mais importante não é verificar in concreto se um juiz logrou ou não em manter-se imparcial, mas ‘defendê-lo de mera suspeita de não a haver conservado, não dar azo a qualquer dúvida, por esta via reforçando a confiança da comunidade nas decisões de seus magistrados’.

Nesse sentido, questiona-se se a exposição pública da opinião doutrinária de dissertação, de tese de doutorado ou de livre docência ou de titularidade importaria na parcialidade do juiz quanto àquela temática. Afinal, a publicização de tais opiniões doutrinárias durante palestras ou debates em congresso caracterizaria prejulgamento de modo a afastar o juiz do processo por atuar parcialmente? (NERY JÚNIOR, 2013).

Nelson Nery (2013, p. 153) ainda afirma que a doutrina é franca no sentido de que tais opiniões não são motivos, de per si, ensejadoras do afastamento do juiz por parcialidade, citando Pontes de Miranda, ao lecionar que “quem deu entrevista, de modo geral, sobre a matéria, não é suspeito; nem quem pôs em escrito científico o que a respeito pensava”.

Sendo assim, indaga-se: é permitido ao juiz manifestar-se abertamente acerca de sua concepção filosófica, política, cultural, econômica ou religiosa? Em que medida tais posições adotadas pelos juízes podem ser publicizadas sem que haja contaminação na sua atividade cognitiva judicial?

Dentro dessa discussão, recorta-se a temática para que seja analisada a influência da publicidade mediata – meios de comunicação social – sob o dever de imparcialidade do juiz, estudando, a seguir, a transmissão dos julgamentos pelas supremas cortes.

4 DA TRANSMISSÃO DOS JULGAMENTOS PELAS SUPREMAS CORTES

A publicidade mediata dos julgamentos – levada a efeito através dos mecanismos de comunicação social – além de ser método de controle da atividade jurisdicional é, igualmente, meio de aproximação da sociedade para com a justiça constitucional (MACHADO, 2017).

Foram elaborados vários instrumentos para que essa publicidade mediata pudesse ser efetivada, como a utilização das redes sociais, com a criação do “STF no Youtube”, “STF no Twitter” e a “TV Justiça”, fazendo com que, assim, o teor dos julgamentos chegasse à população.

A TV Justiça foi criada pela Lei nº 10.461, de 17 de maio de 2002, ao alterar a Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que regula o serviço da TV a cabo, com a disposição na alínea h, do art. 23 de que haveria “um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos Serviços essenciais à Justiça”.

A TV Justiça representou uma grande aposta da função jurisdicional na efetivação do princípio da publicidade, uma vez que permite o acesso às sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal sem que o expectador tenha nem mesmo que sair do conforto de seu próprio lar (DALLARI, 2014).

Acerca do objetivo da transmissão dos julgamentos do STF pela TV Justiça, explica Erick Wilson Pereira (2014, s.p.) que:

a função dessas transmissões ao vivo era aproximar a população do Judiciário e servir à transparência exigida dos órgãos públicos, como por exemplo informar e popularizar temas significativos para avanços sociais recentes, a exemplo dos julgamentos das relações homoafetivas, da preservação e uso de células-tronco, do mensalão.

Embora nobre o objetivo da criação da TV Justiça, a função dela foi completamente deturpada, uma vez que, querendo assegurar a efetivação do princípio da publicidade, surgiram obstáculos maiores ao – já dificilmente alcançado – dever de imparcialidade do juiz, em decorrência do televisionamento dos julgamentos proferidos pela Suprema Corte brasileira. Em 2010, uma quantia de aproximadamente 59 milhões de reais foi destinada a “Comunicações Sociais”, equivalendo, tal quantum, a 11% do orçamento total da Suprema Corte, vislumbrando-se, a partir daí, que a utilização da TV Justiça e demais órgãos de comunicação ganhou enorme ênfase com conseqüente desvirtuamento da ideia inaugural do serviço (DALLARI, 2014).

A partir daí, inicia-se uma fase verdadeiramente degradante para a Suprema Corte, “com o mais deslavado exibicionismo de alguns ministros e a transmissão ao vivo de trocas de ofensas e de acusações grosseiras entre membros do Supremo Tribunal”.

A Suprema Corte, então, passou a ser palco de um verdadeiro teatro jurídico em que todos os ministros almejavam o papel principal da peça. Tal competição mostrou-se ser um show de horrores em que os ministros, sabendo que estavam sendo televisionados ao vivo, expunham ali suas ideologias, vaidades, atritos e demais idiossincrasias que influenciam negativamente na cognição judicial e implicam diretamente o imperioso dever de imparcialidade deles.

Ironicamente, o próprio Joaquim Barbosa condenava veementemente essa publicidade exacerbada resultante das transmissões ao vivo dos julgamentos, chegando a afirmar em conferência ministrada na França que o fenômeno da superexposição “repercute na maneira como certos ministros deliberam e sobre o conteúdo de algumas decisões” (ROCHA, 2014).

Nesta mesma conferência, Joaquim Barbosa afirmou que os veículos de comunicação brasileiros privilegiam a cobertura das relações entre os ministros – ou, não raramente, os atritos entre eles – em detrimento do conteúdo das decisões afirmando que “é necessária a decência dos jornalistas de se concentrar nas questões jurídicas e não nas questões pessoais e moderação dos ministros para que o colegiado triunfe sobre a individualidade” (ROCHA, 2015).

Vislumbra-se, então, que o sensacionalismo exacerbado e a transformação dos ministros da mais alta corte brasileira em verdadeiras celebridades acarreta, de fato, uma influência no modo como é construído o pronunciamento jurisdicional (SANTOS, 2015).

Felipe de Melo Fonte (2013, s.p.), a partir de um levantamento de dados, analisou quantitativamente os impactos causados pela transmissão dos julgamentos

proferidos pela Suprema Corte brasileira em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, concluindo, então, que, após a instituição da TV Justiça, há uma tendência à adoção de votos mais longos, tendo, inclusive, os acórdãos crescido cerca de 58,70% de tamanho em relação à média histórica institucional (CANÁRIO, 2012).

Nesta mesma linha, Vladimir Passos de Freitas (2012, s.p.) sugere o abandono da praxe de transmissão dos julgamentos proferidos pela Suprema Corte brasileira, pautando seu parecer em cinco pilares, quais sejam:

- 1) Há uma tendência natural dos votos tornarem-se longos, mesmo que o caso não tenha complexidade. Um ministro não se limitará a acompanhar o relator, pois se sentirá obrigado a sustentar sua posição. E lá se vão 20 ou 30 minutos de repetições que, somados, podem significar horas que se perdem sem a mínima utilidade prática.
- 2) A exposição pública pode agravar a divergência. Não bastará discordar, haverá uma tendência de sustentar a discordância com mais ênfase. Daí para o enfrentamento é um passo. Elas podem atingir um limite máximo, com frases ríspidas ou irônicas, e passar ao país uma imagem de descontrole emocional. Os efeitos podem ser péssimos para a imagem do STF e de seus julgadores. A falta de serenidade, atributo essencial de todos os magistrados, pode resultar na perda de confiança da sociedade.
- 3) Os conflitos, além de desgastar a imagem da nossa Corte Maior, desgasta também o Judiciário de todo o Brasil, contribuindo para que conflitos inúteis se multipliquem em sessões nos tribunais e audiências nas varas. Isto já vem acontecendo.
- 4) A exposição pública pode, por vezes, às vezes mesmo fora do Plenário, resultar em adiantamento de posição sobre o conflito, o que é vedado ao juiz brasileiro.
- 5) A transmissão do voto e dos debates para todo o país torna as posições pessoais, tende a radicalizá-las, perdendo o ministro, aos olhos dos que o assistem, a imparcialidade. A função de julgar exige distanciamento.

Casos como o “Mensalão” e a “Operação Lava-Jato”, por exemplo, tiveram grande repercussão midiática e interesse nacional.

O Acórdão do “Mensalão” teve 1.335 trechos cancelados, pois os debates ocorridos em plenário ou eram atritos entre os ministros, ou serviam para acalmar os anseios sociais, não podendo ser utilizados como embasamento jurídico que devessem constar do acórdão.

No julgamento da Ação Penal nº 470 supramencionada, as sessões alcançaram uma audiência surpreendente, e o STF teve, provavelmente, a maior visibilidade de sua história (SANTOS, 2015).

Tramita um Projeto de Lei, nº 7.004, de 2013, que visa a alterar o inciso “h” do artigo 23 da Lei nº 8.977 – Lei que criou a TV Justiça, para que passe a ter a seguinte

redação: “Um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos seus trabalhos, sem transmissão ao vivo e sem edição de imagens sonoras das suas sessões e dos demais Tribunais Superiores” (MARIZ; BRÍGIDO, 2013).

O ministro Marco Aurélio, ao exercer interinamente o cargo de Presidente da República durante o governo FHC, sancionou a Lei 10.461 – criadora da TV Justiça em 2002 – e defende a transmissão dos julgamentos afirmando que o Projeto de lei é impensável e “não há espaço para obscurantismo. Em pleno século XXI, pretender voltar às cavernas é um retrocesso bárbaro” (VASCONCELOS, 2013).

Outrora, o ex-Ministro Eros Grau já se manifestou no sentido de ser contra a transmissão ao vivo dos julgamentos, dizendo:

O fato de as sessões serem transmitidas atrapalha muito, porque algumas vezes o membro do tribunal se sente, por alguma razão, compelido a reafirmar pontos de vista. Existem processos que poderiam ser julgados com maior rapidez. Muitas vezes a coisa fica repetitiva e poderia ser mais objetiva (MACEDO; RECONDO, 2010, s.p.).

O ex-ministro Cesar Peluzzo, quando presidente do Supremo Tribunal Federal, defendeu o fim das transmissões em tempo real, ao também considerar que magistrados alteram seu comportamento perante as câmeras de TV (HAUBERT, 2013).

Já o ministro Gilmar Mendes afirmou recentemente que o ex-Ministro do TSE, Herman Benjamin, devia a ele o fato de estar “brilhando na televisão no Brasil todo”. Em resposta, o ex-ministro do TSE, Herman, replicou afirmando que “Vossa excelência [Gilmar Mendes] sabe que eu prefiro o anonimato, muito mais. Um juiz dedicado a seus processos, que não tem nenhum glamour” e mais adiante, “Aliás, processo em que se discute condenação de A, B, C ou D, em qualquer natureza, não tem e não deve ter nenhum glamour pessoal”, complementou o relator” (RAMALHO; CALGARO, 2015).

Vislumbra-se então que há grande divergência na prática de transmissão dos julgamentos da Suprema Corte brasileira pela TV Justiça, bem como dissenso quanto à influência deste televisionamento no modo de atuação e julgamento judiciais.

Alexandre Câmara (2015, p. 14), sobre a ampla publicidade do ato de julgar contida no direito brasileiro, afirma:

Basta ver que são públicas as sessões de julgamento dos tribunais (algumas delas até transmitidas por via televisiva ou pela Internet), sendo permitido a qualquer pessoa presenciar o momento em que os juízes proferem seus votos. Esta é uma peculiaridade do Direito Brasileiro, não se encontrando equivalente no Direito comparado. De um modo geral, em outros lugares, o ato de julgar é sigiloso, posteriormente dando-se publicidade à decisão já proferida. De outro lado, no Brasil, o próprio ato de decidir é público.

Sendo assim e, até o então exposto, mister faz-se pincelar, brevemente, como se dá a transmissão dos julgamentos pela Suprema Corte norte americana para haja um parâmetro comparativo entre, pelo menos, dois ordenamentos jurídicos distintos, a fim de que se possa chegar a uma conclusão acerca da influência da transmissão dos julgamentos pelas cortes supremas na cognição judicial.

Nos Estados Unidos, ainda há grande divergência acerca da transmissão dos julgamentos proferidos pelas cortes estaduais e pela Suprema Corte norte-americana.

Celso Roma faz curiosa alegoria ao comparar as Cortes Supremas brasileira e norte-americana ao afirmar que a “Corte Suprema dos Estados Unidos, composta de nove juízes, ‘é um mundo secreto’ e, comparado com ela, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, ‘lembra um reality show’.” (MANZANO, 2014).

E ainda, sobre a postura dos Justices norte-americanos:

Os juízes da Suprema Corte tendem a ser discretos, tanto no relacionamento com o público como no exercício de sua função constitucional. Eles têm aversão a microfones e holofotes. Evitam a imprensa o quanto podem. Rejeitam a ideia de debater seus votos. Na verdade, esse isolamento está sendo relativizado ao longo dos últimos anos. Juízes estão concedendo entrevistas, postando vídeos sobre temas jurídicos. Mas continuam deliberando em sessões secretas e defendendo que o ritual deve ser mantido.

Antonin Justice Scalia, da Suprema Corte americana, em entrevista concedida à Universidade da Califórnia, afirmou que a sociedade, em sua maioria, interessa-se apenas pelos casos de maior repercussão, que envolvem, na maioria das vezes, questões morais controversas. Dessa forma e alcançando resultado diverso do pretendido, a publicidade de casos que decidem questões mais técnicas, ao invés de garantir à população o efetivo acesso à informação, em verdade, contribuiria para desinformar a sociedade e distorcer sua visão acerca do verdadeiro papel dos juízes.

Similar à TV Justiça, há, nos Estados Unidos, a “Court TV” que, em 2003, anunciou que atingiu 70 milhões de assinantes, fato este que desencadeou a mudança de regras dos tribunais estaduais, e todos os 50 estados dos EUA voltaram a permitir a transmissão dos procedimentos judiciais, em caráter experimental ou permanente, que, outrora, havia sido considerado inconstitucional (MELO, 2014).

Inclusive, há anos, tramita no Congresso norte-americano um projeto de lei intitulado “Sunshine in the Courtroom Act”, com o intuito de regulamentar a transmissão dos julgamentos pelas cortes estadunidenses.

Todavia, face à omissão legislativa, hoje em dia, o que governa o uso de câmeras nos tribunais americanos decorre do ditado: “Cada cabeça, uma sentença”.

A Suprema Corte norte americana não permite a transmissão ao vivo dos julgamentos, apenas de áudio, e vários ministros da instituição já se manifestaram sobre o assunto nos últimos anos, demonstrando preocupações relativas aos impactos do televisoramento sobre o funcionamento da instituição e influência na cognição judicial (GOMES; BARBIERELI, 2015).

6 CONCLUSÃO

Levando em consideração todo o exposto, conclui-se que a transmissão dos julgamentos pela Suprema Corte brasileira influencia negativamente na atividade cognitiva judicial.

Verdade é que tal transmissão objetiva assegurar a efetividade do princípio da publicidade mediata – levada a cabo pelos mecanismos de comunicação social – todavia, inevitavelmente, seu exercício deturpado pelos ministros de nossa mais alta corte impacta negativamente no – ainda inalcançado – dever de imparcialidade judicial na construção do pronunciamento jurisdicional.

A utilização do televisionamento dos julgamentos para exposição pública de ideologias, de vaidades, de atritos e de demais idiosincrasias, através de reiterados shows judiciais de sensacionalismo e exibicionismo, em nada contribui para o acesso à informação da sociedade, levando-se, a contrário sensu, a uma visão distorcida sobre a função exercida pelos juízes.

A transmissão dos julgamentos, ao invés de conferir maior transparência, acaba potencializando as subjetividades dos julgadores, induzindo à formação de decisões fundadas em razões não-jurídicas, em argumentos de política ou moral não submetidos ao contraditório, contaminando, assim, o processo e comprometendo a sua essência como procedimento em contraditório.

Urge repensar o modo como estão sendo construídos os pronunciamentos jurisdicionais frente às câmeras com a necessária restauração da sobriedade e respeito mútuo entre os ministros da Suprema Corte brasileira.

Faz-se necessário o vislumbre que uma possível regulamentação que imponha limites ao exercício exacerbado da publicidade mediata através dos mecanismos de comunicação social não importe em supressão de direito fundamental, tampouco mitigação da transparência acerca das decisões proferidas na mais alta corte de nosso país, mas sim método de garantia efetiva do dever de imparcialidade dos ministros.

REFERÊNCIAS

ALMADA, R. J. F. de. **A garantia da publicidade no processo civil**. 2004. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076445.pdf>.

ABDO, H. **A publicidade do processo e a atuação da mídia na divulgação de atos processuais**. 2012. Disponível em: <https://www.gnblaw.com.br/wp-content/uploads/2012/07/A-publicidade-do-processo-e-a-atuacao-da-midia-na-divulgacao-de-atos-processuais.pdf>.

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

BRASIL. **Lei n. 8.977, de 6 de janeiro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18977.htm.

BRASIL. **Lei 10.461, de 17 de maio de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110461.htm#:~:text=L10461&text=LEI%20No%2010.461%2C%20DE,reservado%20ao%20Supremo%20Tribunal%20Federal.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANÁRIO, P. **Julgamentos do STF eram mais técnicos na minha época**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministro-aposentado-stf>.

CANOTILHO defende segundo julgamento em causas penais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-24/canotilho-reus-mensalao-razao-pedir-segundo-julgamento>.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, E. J. da F. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.pucsp.br/defesas/levando-a-imparcialidade-a-serio-proposta-de-um-modelo-interseccional-entre-direito-processual-economia-e-psicologia>.

CUNHA, L. Art. 8º. *In*: STRECK, L. L.; NUNES, D. (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLARI, D. de A. **Publicidade, vedetismo e deslumbramento**. 2014. Disponível em: http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/_ed782_publicidade_vedetismo_e_deslumbramento/.

FAZZALARI, E. **Instituições de direito processual**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

FONTE, F. de M. **Votos do STF são cada vez mais para o grande público.** 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>.

FREITAS, V. P. de. **TV Justiça e a exibição dos julgamentos do Supremo.** 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/segunda-leitura-tv-justica-exibicao-julgamentos-supremo>.

GOMES, R.; BARBIÉRI, L. F. **76% nos EUA acham que julgamentos da Suprema Corte devem ser com TV ao vivo.** 2015. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/76-nos-eua-acham-que-julgamentos-da-suprema-corte-devem-ser-com-tv-ao-vivo/>.

HAUBERT, M. **Deputado quer acabar com as transmissões de julgamentos do STF e de tribunais superiores.** 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1388699-deputado-quer-acabar-com-transmissoes-de-julgamentos-do-stf-e-de-tribunais-superiores.shtml>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>.

MACEDO, F.; RECONDO, F. **Lei da ficha limpa põe em risco o estado de direito.** Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,lei-da-ficha-limpa-poe-em-risco-o-estado-de-direito-imp-,589608>.

MACHADO, J. de S. **Luz, câmara, jurisdição: tecnologia de comunicação e o mito da justiça transparente no Brasil.** 2017. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/julho_2013/Artigo%20-%20Joana%20de%20Souza%20Machado.pdf.

MARIZ, R.; BRÍGIDO, C. **Ministro do STF condena restrição à TV Justiça.** 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-stf-condena-restricao-tv-justica-20467974>.

MANZANO, G. **Suprema Corte Americana é um mundo secreto e a brasileira é um reality-show.** 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suprema-corte-americana-e-um-mundo-secreto-e-a-brasileira-e-um-reality-show,1065703>.

MELO, J. O. **Transmissão de julgamentos gera controvérsia nos EUA.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-05/transmissao-julgamentos-criminais-assunto-controverso-eua>.

NOVA etapa do mensalão: acórdão tem 1.335 falas omitidas. 2013. Disponível em: <https://www.saneamentobasico.com.br/nova-etapa-do-mensalao-acordao-tem-1-335-falas-omitidas/>.

NUNES, D. J. C. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, E. W. **PL que acaba com transmissão de julgamentos é casuístico**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/erick-pereira-pl-acaba-transmissao-julgamentos-casuistico>.

RAMALHO, R.; CALGARO, F. **'Prefiro o anonimato', diz Herman Benjamin a Gilmar Mendes no TSE**. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/prefiro-o-anonimato-diz-relator-herman-benjamin-a-gilmar-mendes.ghtml>.

ROCHA, G. **Superexposição contamina julgamentos do STF, diz Barbosa**. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/01/1402581-superexposicao-contamina-julgamentos-no-stf-diz-barbosa.shtml>.

SANTOS, D. M. dos. **TV Justiça: STF em cena**. 2015. Disponível em: http://www.rio2015.esocite.org/resources/anais/5/1441981858_ARQUIVO_DanieleSantos.pdf.

VASCONCELLOS, M. de. **Marco Aurélio defende transmissões ao vivo do STF**. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-30/marco-aurelio-critica-projeto-propoe-fim-transmissoes-vivo-stf>.

Autonomia das ciências jurídicas: proposta de um critério segundo o jusnaturalismo tomista

Autonomy of legal sciences: proposal of a criterion according to Thomistic Jusnaturalism

CARLOS EDUARDO SCHIMERSKI DOS SANTOS

Discente do curso de Direito (UFG)

Email: carlossantos@discente.ufg.br

Resumo: Este artigo tem como objetivo a formulação de um critério para se verificar a autonomia de um ramo da ciência jurídica, segundo os instrumentos da tradição aristotélico-tomista. Para isso, analisam-se os requisitos do discurso científico segundo o modelo aristotélico, os sistemas jurídicos e as relações entre as normas. Como resultados, nota-se que a autonomia é dupla, havendo critérios próprios para a autonomia científica da lei natural e outro para a lei positiva. Em conclusão, tem-se critérios práticos para a determinação da autonomia ou não de qualquer ramo da ciência jurídica, sendo essas ferramentas úteis para a investigação de um certo domínio normativo.

Palavras-chave: Autonomia científica. Filosofia do direito. Tomismo.

Abstract: This article proposes the formulation of a criterion to verify the autonomy of a branch of legal science, according to the instruments of the Aristotelian-Thomistic tradition. To this end, the requirements of scientific discourse according to the Aristotelian Model, legal systems and the relations between norms are analyzed. As for the results, it is noted that autonomy is twofold, having its own criteria for the scientific autonomy of natural law and another one for positive law. In conclusion, there are practical criteria for determining the autonomy or not of any branch of legal science, and these tools are useful for the investigation of a certain normative domain.

Keywords: Scientific autonomy. Philosophy of law. Thomism.

1 INTRODUÇÃO

Sem adentrar em sua definição essencial, pode-se dizer, em linhas gerais, que o problema da autonomia é o tema de ciência jurídica que visa a elaborar critérios para se verificar a dependência ou independência de um ramo da ciência jurídica para com os demais ramos.

Para Marcial (1965), os autores, tradicionalmente, dizem que o termo autonomia se diz de quatro modos: 1) autonomia científica, a possibilidade para um ramo do direito ser considerado ciência jurídica autônoma, por se basear em princípios peculiares e exigir um método especial; 2) autonomia legislativa, a necessidade de se reunir em um só corpo de regras todas as normas do ramo; 3) autonomia didática, a necessidade ou utilidade do ensino especializado do ramo; 4) autonomia jurisdicional, a conveniência da existência de uma jurisdição especial para as tratar os litígios do tema.

Todas essas formas de autonomia são as quatro facetas de um mesmo fenômeno. Apesar de estarem profundamente relacionadas, a autonomia científica é a mais importante (MARCIAL, 1965). Diversos métodos foram criados para explicá-la, sendo as teorias mais célebres as de Rocco e Donati.

Para Rocco (1928), são necessários três critérios para se verificar a autonomia científica de um ramo do direito: 1) que seja amplo; 2) que tenha doutrinas homogêneas, com conceitos gerais e comuns diferentes dos conceitos gerais de outras disciplinas; 3) que tenha um método próprio para o conhecimento das verdades do ramo. De outro lado, para Donati (1929), são necessários três critérios: 1) novidade da matéria e da disciplina correspondente; 2) especialidade dos princípios gerais e 3) inteireza da disciplina da matéria.

É importante observar que a autonomia científica de um ramo jurídico não destrói o mais transcendental entre os princípios do direito, o princípio da unidade do sistema jurídico (CARVALHO, 1985). Isso ocorre, pois a divisão do direito em ramos é meramente didática, pela simples razão de não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, em total autonomia de qualquer ramo (BECKER, 2010).

Assim, “ramos do direito” nada mais são do que recortes epistemológicos realizados para reduzir a complexidade do objeto (CARVALHO, 2016). Como criação metodológica, não interfere na composição mesma do sistema, somente criando uma especialidade dentro da ciência já existente (CARVALHO, 2016).

Notam-se dificuldades por parte da doutrina em se operar com esses critérios clássicos. Delas, a maior está em se aferir a autonomia de um ramo jurídico por meio da verificação da existência dos princípios jurídicos exclusivos da matéria apreciada.

Carrozza (1990), por exemplo, diz que os princípios, na investigação da autonomia, têm caráter de simples hipóteses, já que ninguém conseguiria demonstrar a existência desses princípios, sendo razoável duvidar da existência efetiva deles. Acrescenta, que perante a falta de objetivação e individuação desses princípios pela doutrina e pela jurisprudência, a importância do tema dos princípios não estariam neles mesmos, mas sim na potencial capacidade deles de criar a matéria normativa em questão (CARROZZA, 1990). Assim, no estudo de um sistema, não deveria o cientista observar os princípios, mas sim os seus produtos normativos, ou seja, as normas e os institutos (CARROZZA, 1990).

Salienta que a investigação científica de um ramo do direito teria mais êxito se não considerássemos os princípios formadores dos sistemas, mas os próprios institutos jurídicos do ramo em questão (CARROZZA, 1990). Ora, se a característica mais saliente do princípio é a sua função construtora, o reconhecimento das estruturas necessárias para a reconstrução teórica do ordenamento deve começar pelas unidades elementares de agrupação das regras jurídicas, unidades que são precisamente os institutos (CARROZZA, 1990). Propõe o autor um novo método para se estudar um sistema jurídico sem, anteriormente, se verificar sua autonomia.

Do confronto dessas três teorias, nota-se o conflito quanto aos critérios de verificação de autonomia, especialmente o papel dos princípios jurídicos no tema. Além dessa instabilidade metodológica, pode-se acrescentar à composição desse problema o silêncio jusnaturalista sobre a questão. Ora, nota-se que as três teorias apresentadas foram desenvolvidas por autores positivistas. Assim, pode ser que as dificuldades para

se analisar o tema da autonomia residam justamente na insuficiência do pensamento positivista, por conta da total desconsideração da existência de normas jurídicas pré-convencionais e indemonstráveis. Portanto, posto isso, a teoria da lei natural, segundo a tradição aristotélico-tomista, pode lançar luzes sobre a questão e avançar nas investigações sobre o tema, podendo encontrar resultados diversos daqueles já obtidos pelos autores positivistas.

Colocados esses elementos, levantam-se perante o jurista tomista duas questões: 1) O que é autonomia científica? e 2) Quais os critérios para se verificar a autonomia?

2 BREVE NOÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DA LEI NATURAL

Segundo a tradição aristotélico-tomista, lei é toda regra instituída por uma autoridade para ordenar algo para o bem comum (AQUINO, 2001), podendo ser dividida em positiva e natural. É lei natural toda regra diretamente captada da natureza humana, e é positiva a regra convencionada entre os homens e posta pela vontade (HERVADA, 2011).

A lei natural, mais detidamente, é a participação da lei eterna na criatura racional (AQUINO, 2001). Como o mundo é governado pela Divina Providência, é evidente que toda a comunidade do universo é governada pela razão divina, que se dá por meio da lei (AQUINO, 2001). Deus, ao criar o homem, escreveu na sua natureza essa lei de tal modo que, como tudo no mundo, ela também participa da razão eterna de Deus, de onde retira a inclinação natural para a realização do ato e do fim devidos (AQUINO, 2001).

Quanto ao conteúdo da lei, assim como o ente é a primeira coisa que cai sob a contemplação da razão teórica, a primeira coisa que cai sob a razão prática é o bem; e a razão, por sua vez, está ordenada para a realização de uma obra, pois todo agente age em vista do fim e este é dotado da razão de bem (AQUINO, 2001). Dessa forma, o primeiro princípio da razão prática está fundamentado sobre a razão de bem e é o seguinte: “o bem é aquilo que todos apetecem” (AQUINO, 2001). Se bem é isso, o bem deve ser buscado e o seu contrário, o mal, deve ser evitado. Portanto, o primeiro princípio da lei natural a ser captado é o seguinte: o bem é para ser realizado e perseguido, e o mal é para ser evitado (AQUINO, 2001).

Esses princípios da razão prática guardam imensa semelhança com os princípios da razão teórica, pois ambos são proposições já conhecidas por si mesmas e por todos (AQUINO, 2001). Por outro lado, em conjunto com esses princípios evidentes, existem outras proposições que somente são conhecidas pelos sábios, por conta da complexidade do significado de seus termos (AQUINO, 2001). São as normas do segundo e do terceiro nível da lei natural.

O segundo nível da lei natural é composto pelos princípios captados pela observação das inclinações naturais do homem (FERREIRA NETO, 2013). Esses princípios não são diretamente derivados do primeiro princípio; somente podem, em raciocínio inverso, ser reconduzidos a esse primeiro princípio (FERREIRA NETO, 2013). Já o terceiro nível da lei natural é composto por preceitos racionais secundários (FERREIRA NETO, 2013). Essas normas são feitas de princípios menos indeterminados,

desprovidos de evidência e passíveis de exceção (FERREIRA NETO, 2013). Por conta disso, é nesse nível que surge a necessidade de se criar a lei positiva dotada de coerção com o objetivo de se realizarem os fins humanos fundamentais (FERREIRA NETO, 2013).

São duas as formas para se derivar a lei positiva da lei natural: como conclusões derivadas dos princípios ou como determinações de certos princípios gerais (AQUINO, 2001).

O primeiro método é muito semelhante ao método das ciências especulativas, pois, nesse caso, as regras derivam-se, dos princípios, por conclusões demonstrativas (AQUINO, 2001). Aqui, é importante observar que o silogismo científico nesse caso é somente analógico, por conta da semelhança do raciocínio dedutivo feito pela razão prática e o utilizado em outras ciências (FERREIRA NETO, 2013). Além disso, essa extração não é um processo mecânico já que a matéria da lei humana não pode ser simplesmente retirada de um discurso especulativo do que está implícito na lei natural (FERREIRA NETO, 2013).

O segundo método, por outro lado, é mais semelhante com as artes já que das formas gerais dos princípios se determinam outras normas com algo de especial em relação às primeiras (AQUINO, 2001). Nesse caso, há espaço para a liberdade do legislador, já que da lei natural se retira a possibilidade de se seguirem inúmeros ações humanas possíveis, e o conteúdo da lei positiva, nesse caso, é puramente convencional (FERREIRA NETO, 2013).

A razão prática tem como seu objeto a ação humana, que é contingente, por conta da liberdade do homem (AQUINO, 2001). Apesar de existirem causas necessárias que impactam a ação, quanto mais se desce nessa escada normativa, no princípio primeiro e indo ao terceiro nível da lei natural, mais falhas se encontram nas normas, por conta do número crescente de condições particulares previstas no comando delas (AQUINO, 2001). Assim, deve-se dizer que a lei da natureza, quanto aos primeiros princípios comuns, é a mesma em todos, tanto sob a perspectiva da sua retidão moral, quanto segundo o modo evidente de se ter conhecimento dela (AQUINO, 2001). Apesar da clareza dessas normas primeiras da lei natural, ela pode, em algum ponto, falhar (AQUINO, 2001). Pode falhar quanto à retidão, seja por causa de alguns impedimentos, seja por seu conhecimento por parte daquele que age (AQUINO, 2001). A causa disso é que alguns agentes podem ter a sua razão debilitada pelas paixões, maus costumes ou uma disposição má da natureza (AQUINO, 2001).

3 SISTEMA JURÍDICO, DERIVAÇÃO E RELAÇÕES DE DEPENDÊNCIA E INDEPENDÊNCIA

Segundo sistematização de Scholz (1930), para Aristóteles, em seus Segundos Analíticos, uma ciência é um conjunto de enunciados sobre um certo domínio. Em sua interpretação de Aristóteles, uma ciência, segundo o modelo aristotélico, tem como enunciados axiomas e teoremas, nos quais os axiomas são razões necessárias e indemonstráveis de onde se retiram, unicamente por meio das regras da lógica, os teoremas (SCHOLZ, 1930).

Como se viu, as normas jurídicas apresentam-se de um modo muito similar a um sistema. Nele, parte-se de princípios primeiros indemonstráveis e derivam-se as

regras positivas, segundo os dois métodos propostos por Santo Tomás de Aquino. Assim, na exposição dos métodos de derivação da lei positiva da lei natural, observa-se que o papel dos princípios da lei natural é idêntico ao papel dos axiomas, e o papel das regras positivas é o mesmo dos teoremas.

Ora, se a ciência jurídica é ciência prática no sentido aristotélico, seu discurso também deve se apresentar como sistema; mas como ciência prática é ciência por analogia; o sistema das proposições da ciência prática serão, igualmente, sistema por analogia. Assim, o que se chama de sistema jurídico somente pode ser espécie de sistema; sendo sistema, o sistema jurídico deve apresentar essas propriedades listadas por Scholz, atentando-se ao caráter analógico dele. Assim, pode-se definir sistema jurídico como um conjunto de princípios e regras sobre um certo domínio de normas jurídicas.

Esses princípios e regras se relacionam em uma estrutura hierarquizada, na qual as normas fundamentam-se e derivam-se umas das outras (CARVALHO, 2016). Derivação, aqui, é a criação de uma norma por outra (CARVALHO, 2016); fundamentação, é a integração de uma norma em um sistema, no qual uma norma deriva sua validade de outra norma, de forma que a primeira necessita fundar-se na segunda (GARCÍA MAYNEZ, 1951). Para a melhor colocação do problema da autonomia, é importante a observação cuidadosa dessas relações entre as normas no interior do sistema.

Na medida em que as normas se criam uma das outras, observa-se que elas criam entre si relações de subordinação e insubordinação.

Segundo Carvalho (2009), as relações de subordinação se dão de duas maneiras: de baixo para cima, as normas inferiores se fundamentam, em forma e conteúdo, nas normas superiores; de cima para baixo, as normas superiores derivam as inferiores. Ora, se uma norma retira a sua existência de uma norma imediatamente superior, esta norma inferior é totalmente dependente dela, somente sendo como é, material e formalmente, se a de cima existe. Aqui, deve-se observar que, se a primeira norma tem certo conteúdo e a segunda é derivada dela, não seria possível que a segunda norma tivesse um conteúdo completamente distinto da primeira.

Por outro lado, não seria possível, igualmente, que a segunda norma tivesse o mesmo exato conteúdo da primeira, pois se fosse assim seriam as duas normas uma única norma. Logo, se a segunda norma não pode ter idêntico conteúdo nem conteúdo totalmente distinto da primeira, deve ter algo semelhante e algo dessemelhante em relação à primeira norma. Essa semelhança somente pode consistir no fato de que o conteúdo da segunda norma deve ser uma especificação do comando da norma superior, de tal modo que a conduta humana prevista na segunda norma é espécie da conduta humana prevista na norma anterior.

Por exemplo, da evidente lei natural “não se deve lesar outrem”, pode-se derivar a norma “não se deve matar”. Nesse caso, a conduta de matar é uma espécie de lesão, já que, evidentemente, lesar e matar são ações más, mas não idênticas. Prova disso é que existem outras formas de lesão além do matar, como a mentira. Logo, lesão somente pode ser um gênero que contém como espécies outras formas de ações humanas.

Nota-se, igualmente, que a norma “não se deve matar” não pode se retirar de outra norma senão da norma “não se deve lesar outrem”. É absolutamente impossível,

por exemplo, retirar a norma “não se deve matar” da norma “os pais devem educar os filhos”, pois o ato de educar não é gênero do ato de matar, de onde poderia ser retirado como espécie.

Em hipóteses como essas, existe uma absoluta dependência da segunda para a primeira quanto à forma e conteúdo. Quanto à forma, retira-se a sua existência da primeira; quanto ao conteúdo, o seu comando é uma especialização da primeira.

Essa relação de subordinação entre normas pode ser definida como a relação travada entre duas normas, tal que a segunda é derivada da primeira. Pode-se chamar a norma primeira de norma geral, e a norma derivada de norma especial, pois o comando da primeira prevê uma ação que é gênero da segunda, e a segunda norma prevê, em seu comando, uma ação que é espécie da primeira.

Por outro lado, existe outra forma de relação entre normas, na qual uma norma é independente da outra. Para isso, pode-se reutilizar o exemplo acima apresentado. A lei natural “o pai deve educar o filho” não é derivada da lei natural “não se deve lesar outrem”, pois, como apresentado, possuem, em si, comandos totalmente distintos, em que a ação de um não é gênero do outro. Isso ocorre, pois a primeira norma não é derivada da outra; não retira nem sua existência nem seu conteúdo da outra.

A essa relação pode-se chamar de relação de insubordinação entre normas, podendo ser definida como a relação entre normas em que uma norma não é derivada da outra. Nesse caso, não há uma determinação formal nem material de uma norma pela outra.

Tirando-se uma exceção que será tratada à frente, a independência das normas nessa relação é sempre relativa às outras normas consideradas no momento, não sendo uma independência totalmente absoluta. Como visto, todas as normas retiram a sua existência do princípio primeiro da lei natural. Assim, duas normas entre si autônomas, encontram, em algum momento, uma norma em comum, de onde, simultaneamente e mediamente, retiram a sua validade. Como uma metáfora para o conceito, pode-se dizer que todas as normas são, em algum grau, “parentes”, pois, por mais distantes que estejam entre si, subindo-se a escada normativa, pode-se, em algum momento, encontrar um “ancestral” comum para essas duas normas.

4 PROPRIEDADES DAS RELAÇÕES DE DEPENDÊNCIA E INDEPENDÊNCIA

As relações de subordinação e insubordinação, como espécies da categoria suprema da relação, possuem as mesmas propriedades clássicas da relação.

Segundo Aristóteles (2019), as relações, enquanto predicamentos, possuem quatro propriedades: 1) possuem contrários; 2) admitem graus; 3) possuem correlativos; 4) simultaneidade.

Primeiramente, possuem contrários, pois a relação de insubordinação é contrária à relação de subordinação. Ora, se uma norma é insubordinada em relação a outra, não pode ser subordinada desta; por outro lado, se uma norma é derivada de outra, necessariamente não-insubordinada desta.

Em segundo lugar, as relações entre normas também possuem correlativos. Sobre a relação de subordinação, se há uma norma geral, há necessariamente uma norma especial. Por outro lado, sobre a relação de insubordinação, se se diz que uma norma é

independente, deve, necessariamente, ser independente em relação a outra norma, que, igualmente, deve ser independente daquela.

Em terceiro lugar, subordinação e insubordinação também permitem grau. Primeiramente, pode-se dizer que, analisando-se o conteúdo das normas, existem relações mais ou menos subordinadas. Ora, uma norma é pouco especial para uma outra quando aquela é imediatamente derivada desta. Por exemplo, a norma “não se deve lesar outrem” e a norma “não se deve matar” são muitíssimo semelhantes, já que o comando da norma derivada tem como ação uma ação-espécie da ação prevista no comando da norma derivante, com pouca diferença específica. Além disso, ambas são normas da lei natural, estando ambas na parte superior da pirâmide normativa, apesar de a segunda estar no nível imediatamente inferior. Por isso, uma norma imediatamente derivada de outra é, quanto ao conteúdo, muito semelhante; logo, a norma derivada é muito dependente da norma derivante.

Por outro lado, se se compara um princípio da lei natural com uma regra de direito positivo, nota-se que a regra positiva é especialíssima em relação ao princípio natural. Nesse caso, a semelhança entre as normas é menor, mas ainda é perfeitamente possível reconduzir a regra ao princípio, apesar da distância normativa maior; logo, quanto ao conteúdo, uma norma é menos subordinada a outra.

Por exemplo, da lei natural “a propriedade deve ser protegida” pode-se derivar as regras para o exercício do direito de extinguir o condomínio, asseguradas, processualmente, pela ação de divisão de terras particulares. Ora, a regra assegura ao proprietário do terreno a legitimidade ativa para a propositura da ação judicial; logo, a regra positiva visa a assegurar o direito natural à propriedade. Mas entre a regra processual e a lei natural há uma imensa distância, pois uma está na base da pirâmide normativa e a outra está no segundo nível da lei natural. Portanto, a regra positiva é uma super especificação da lei natural que, apesar de não ser diretamente derivada dela, pode ter sua validade tranquilamente reconduzida a ela. Assim, a regra é muitíssimo especial em relação ao princípio, e o princípio é generalíssimo em relação à regra.

Igualmente, pode-se também dizer que existe mais ou menos insubordinação entre normas. Se de uma norma A derivam-se as normas B e C, de tal modo que B não deriva de C e C não deriva de B, B e C são, entre si, independentes; ao mesmo tempo, B e C, para com a norma A, são especiais. Nesse caso, B e C são independentes, mas não tão intensamente independentes pois se ligam à norma A, que está muito próxima de B e C na escala das derivações. Consequentemente, o conteúdo do comando das normas B e C é ainda muito semelhante ao conteúdo do comando de A.

Como exemplo, a regra da exclusão da sucessão por indignidade é independente da regra da deserção da herança. No entanto, são regras de conteúdo muito semelhantes na medida em que regram ações humanas muito próximas e guardadas no ramo do direito sucessório. Logo, são subordinadas, mas não tão intensamente independentes por conta de sua semelhança de conteúdo e da possibilidade de terem as suas validades reconduzidas para alguma norma muitíssimo próxima.

Por outro lado, em outras situações, pode-se observar que duas normas entre si subordinadas possuem o seu fundamento de validade em uma norma muito distante. Pode-se comparar, de um lado, a norma tributária, que cria a imunidade tributária sobre o livro e, de outro, a norma de direito de família, que faculta ao pai cobrar do filho

serviços condizentes com sua idade. Essas normas não possuem o mesmo conteúdo, nem uma retira a sua existência imediatamente da outra e são de ramos jurídicos completamente distintos; logo, são independentes. Mas, pelo simples fato de serem regras positivas, pode-se reconduzir a validade dessas normas até uma norma comum que fundamentará, simultaneamente, a validade dessas duas normas. Como, nesse caso, essa norma ancestral tem imensa distância entre as normas autônomas, pode-se dizer que são, entre si, muitíssimo independentes. Isso se expressa de modo evidente na imensa diferença de conteúdo das regras.

Desses dois casos, pode-se observar que a proximidade da norma ancestral de duas normas entre si insubordinadas é proporcional ao grau de semelhança das ações previstas no comando dessas normas.

Como última propriedade, as relações de subordinação e insubordinação possuem simultaneidade, mas nota-se que essa propriedade não ocorre sempre. Ora, se existe uma norma especial, existe necessariamente uma norma geral; são simultâneas, pois a sua existência sempre se dá em par. Por outro lado, a existência de norma insubordinada não implica necessariamente a existência de uma outra norma insubordinada, pois pode existir uma norma absolutamente insubordinada por si mesma. Trata-se do princípio primeiro da lei natural, que é a única norma perfeitamente autônoma já que é a única norma válida por si mesma, pois não pode ter a sua existência causada por outra. Ora, se uma norma retira a sua existência de outra superior, deve haver uma norma primeira que tenha validade por si mesma. E essa norma somente pode ser o princípio primeiro da lei natural, norma para a qual toda norma válida, positiva ou natural, deve, necessariamente, ser reconduzida. E, como Deus criou o homem e nele impôs um movimento natural por meio da lei natural, é essa norma a norma primeira do homem, a norma das normas. Se é assim e Deus é a autoridade suprema, nada mais perfeito que a sua norma tenha validade por si mesma e não tenha sua existência causada por nenhuma outra causa e exista exatamente como é enquanto for da vontade do seu criador. Assim, essa norma primeira é perfeitamente autônoma, sendo, portanto, a única norma absolutamente independente de outra por ser válida por si mesma e não ter sua existência causada por outra norma. Como é dessa norma que se derivam todas as outras, a norma primeira é a mais geral das normas, pois toda norma, positiva ou natural, sempre será uma especificação do comando ali previsto; por outro lado, todos os demais princípios naturais e as regras positivas serão normas especiais para com a norma primeira.

5 DIVISÃO DAS RELAÇÕES DE SUBORDINAÇÃO E INSUBORDINAÇÃO ENTRE NORMAS

As relações de subordinação e insubordinação entre normas podem ser de três modos diferentes cada uma, totalizando seis combinações.

Em primeiro lugar, as relações de subordinação podem se dar de três modos: entre 1) normas positivas; entre 2) normas naturais; entre 3) norma positiva e natural.

No primeiro modo, a subordinação entre normas positivas ocorre quando uma norma positiva é derivada de uma norma positiva. Pode-se citar, como exemplo, as cláusulas individuais de um contrato de locação em relação às normas gerais de locação

previstas no Código Civil. Ora, o contrato de locação somente existe se feito à luz das regras do direito civil; além disso, as cláusulas do contrato podem, dentro dos limites da lei, ser moldadas pela vontade das partes, desde que sua existência seja retirada das normas gerais da lei civil.

No segundo modo, a subordinação entre normas naturais ocorre quando uma norma natural tem a sua existência retirada de uma norma natural. É o que ocorre na relação entre os princípios do segundo nível da lei natural com os princípios do terceiro nível. Por exemplo, pode-se citar a norma “a propriedade deve ser protegida” e “os depósitos devem ser devolvidos”, pois a existência da segunda norma pode ser reconduzida à da primeira norma.

No terceiro modo, a subordinação entre norma natural e positiva ocorre, por exemplo, entre a lei natural “não se deve matar” e tipificação do homicídio pelo Código Penal; no caso, há derivação, pelo método tomista, da lei positiva a partir da lei natural.

Por outro lado, a insubordinação se dá entre 1) normas positivas, entre 2) normas naturais e entre 3) norma positiva e natural.

No primeiro modo, insubordinação ocorre entre quaisquer normas positivas cujo conteúdo seja mais ou menos dessemelhante. Como exemplo, tem-se a norma que proíbe o casamento do menor de 16 anos e a norma que permite a exclusão do sócio da sociedade em caso de ato de inegável gravidade por meio de alteração do contrato social. Ora, ambas regram ações inegavelmente distantes, apesar de serem regras de direito civil.

No segundo modo, insubordinação entre normas naturais ocorre, por exemplo, entre a norma que proíbe matar e a que estabelece o dever do pai de educar o filho. Ora, como ambas se baseiam em inclinações naturais distintas, seus conteúdos são muito distintos, de tal modo que o comando de uma norma não pode ser retirado da outra.

No terceiro modo, insubordinação entre norma positiva e natural ocorre, por exemplo, entre a norma natural que proíbe matar e a norma positiva que proíbe o casamento do menor de 16 anos.

6 CRITÉRIO DE AUTONOMIA CIENTÍFICA

Autonomia científica é a condição de se tratar certa matéria como ciência jurídica autônoma (MARCIAL, 1965). Pode-se dizer que ela se divide em duas, com critérios para a autonomia da lei natural e outros para a lei positiva.

Primeiramente, como critério para o estudo científico da lei natural, pode-se dizer que basta a existência de um corpo de princípios naturais e insubordinados sobre certa atividade humana juridicamente relevante.

Por “princípios insubordinados”, deve-se entender que os princípios naturais em questão têm relação de insubordinação para com os demais princípios jurídicos, de tal modo que esse corpo de normas não é derivado do outro.

Por exemplo, a lei natural não dá as regras do direito agrário. Mas, a observação das inclinações naturais do homem nos dá princípios primeiros de ações humanas boas de onde se podem retirar os princípios naturais de terceiro nível. Podem-se realizar, por derivação, as especificações agrárias dos princípios gerais da ação humana, que são justamente os princípios naturais do direito agrário. Só se pode dizer, portanto, que

haveria uma autonomia científica do direito agrário natural com a identificação desses princípios.

Já para o estudo da lei positiva, põe-se como critério que é necessária a existência de um grupo razoável de regras formuladas e já formalmente promulgadas pela autoridade civil e um conjunto de princípios naturais insubordinados sobre aquela matéria específica.

Nota-se que as novas regras postas pela autoridade civil não podem retirar a sua existência de regras positivas já existentes, mas dos princípios jurídicos naturais, exclusivos e totalmente distintos dos já reconhecidos. Para a realização do estudo das normas da autoridade, deve o jurista compará-las com os princípios da lei natural. Se se conseguir, dos princípios, derivar as normas postas pela autoridade civil, pode-se dizer que são verdadeiras leis positivas; se não for possível derivar essas normas, não serão leis positivas.

Nesse caso, a verificação da adequação ou não da regra da autoridade civil à lei natural se assemelha à derivação por dedução natural, em que se têm as premissas e uma possível conclusão; somente se confirma se a conclusão de fato é retirada das premissas se, por meio das regras do instrumento lógico, for possível criar a fórmula da conclusão.

Logo, todas as normas positivas retiradas desses princípios novos serão novas regras insubordinadas em relação às demais regras positivas, mas relacionáveis com elas na medida em que seus princípios primeiros retiram a sua validade de outros princípios de direito natural ainda mais superiores, de onde os demais princípios necessariamente devem igualmente retirar a sua validade. Daí a importância de se conhecerem, previamente, as relações de dependência e independência entre as normas.

É importante observar que o estudo científico de um ramo da lei positiva exige que ele já tenha sido tratado cientificamente em sua porção natural, pois, no mínimo, seus princípios naturais já devem ter sido identificados e trabalhados. Logo, a autonomia científica do ramo da lei natural em questão é pré-requisito para a autonomia científica do ramo da lei positiva da mesma matéria, pois não se podem retirar as regras de princípios ainda desconhecidos.

7 OBSERVAÇÕES ÀS POSIÇÕES DE ROCCO, DONATI E CARROZZA

Apresentados os elementos da autonomia, nota-se que os critérios apresentados por Rocco, Donati e Carrozza são insuficientes para a identificação da autonomia de ramo jurídico.

Começando com Rocco, deve-se concordar com o seu primeiro critério por conta de sua compatibilidade com os pressupostos jusnaturalistas; mas não se deve concordar com os demais.

O seu segundo critério diz que o ramo estudado deve ter doutrinas homogêneas, com conceitos gerais e comuns diferentes dos conceitos gerais de outras disciplinas. Ora, a homogeneidade de um ramo jurídico não é dada pelos conceitos gerais e comuns, mas sim pelo fato de todos os comandos das regras em questão serem derivados dos princípios naturais da matéria. Assim, as regras sempre terão semelhança quanto ao seu conteúdo, pois regem a mesma parte da vida social.

Essa homogeneidade, por outro lado, não pode de modo algum ser dada pela existência de conceitos próprios da disciplina, pois eles sequer existem nas próprias normas, mas na mente do cientista que os concebe. Ora, conceitos são as imagens mentais das coisas, elaboradas pela mente na primeira operação do intelecto (CALDERÓN, 2001). A lei não pode ter em si conceitos, pois regras não podem conceituar, mas somente criar comandos para as ações. Para isso, a lei, antes do trabalho científico, somente pode ter termos técnicos normativos específicos para a matéria em questão, por conta das particularidades do fato técnico regido pela regra; mas eles, de modo algum, confundem-se com conceitos. Assim, a existência de conceitos científicos próprios do ramo somente ocorre após a sua elaboração científica pelo jurista, momento em que se formará a terminologia técnica própria da área.

O terceiro critério de Rocco (a existência de um método próprio para o conhecimento das verdades do ramo) também não se sustenta. Se a ciência é una, não pode uma parte da ciência ter um método próprio e exclusivo dela, absolutamente distinto dos demais. O ramo específico, ao ser estudado, pode, no máximo, ter certas peculiaridades metodológicas, mas de modo que essas regras metodológicas específicas são somente regras especiais das regras gerais do método da ciência jurídica, que devem obrigatoriamente ser compartilhadas. É por isso que cada ramo do direito tem suas próprias técnicas de interpretação, pois, apesar da arte interpretativa, enquanto método, ser única, podem-se ter regras próprias para um certo ramo jurídico na medida das suas particularidades. Por isso não se pode, por exemplo, interpretar o contrato civil como se interpreta o contrato administrativo. Mas frisa-se que essas distinções metodológicas não cindem o método científico, que permanece um único.

Quanto aos critérios de Donati, deve-se concordar somente com o segundo, já que os demais parecem poder ser reduzidos a ele. Primeiramente, não é necessário que, para se investigarem as normas cientificamente, elas sejam temporalmente novas. Prova disso, é o estudo científico das antigas leis romanas, na parte da ciência jurídica que estuda o direito romano. Além disso, nada impede que uma regra positiva seja promulgada hoje e seja estudada daqui a muitíssimo tempo, estando em vigor ou não. Outro ponto que se pode acrescentar é que os princípios do primeiro e segundo nível da lei natural são eternos e necessários, pois são captados diretamente na própria essência da natureza humana. Ora, se a lei natural surge junto com a criação do homem por Deus, são antigas como o homem; logo, em nada mudaram nem mudarão, e nada disso impede o seu estudo científico.

Em segundo lugar, o terceiro critério de Donati pode ser reduzido ao segundo. Ora, a inteireza de uma disciplina jurídica é dada pelo fato de todas as regras positivas em questão derivarem sua validade de um mesmo conjunto de normas naturais, o que lhe garante a unidade sistemática e o conteúdo semelhante. Se a inteireza é garantida pelo princípio, o terceiro critério de Donati é somente um prolongamento desnecessário do segundo.

Por outro lado, o método de estudo por institutos de Carozza também não se sustenta. Primeiramente, sua crítica de que os princípios jurídicos são de difícil demonstração e, por isso, torna-se razoável duvidar de sua existência não pode ser aceita. Ora, os princípios sequer são demonstrados, mas simplesmente captados pelo intelecto; os princípios de segundo e terceiro nível exigem alguma articulação lógica,

mas nada tão sofisticado como a derivação tomista da lei natural da lei positiva. Isso também se prova pela evidência dos princípios primeiros da lei natural, o que implica a facilidade de qualquer homem em identificar o status deôntico das condutas ali regradas. Por esse mesmo motivo, não é nada razoável duvidar da existência dos princípios da lei natural pois é evidente que ninguém deve duvidar do óbvio. Pela não aceitação da visão jusnaturalista dos princípios, Carozza desliza a questão central da autonomia dos princípios para os produtos normativos desses princípios, as regras positivas e os institutos. Se um cientista conduzisse uma investigação dessa maneira, estaria estudando seu objeto sem sequer delimitá-lo precisamente. Além disso, sem os princípios devidamente fixados, não haveria sequer a possibilidade de se traçarem as regras positivas da matéria. Portanto, o critério de Carozza, é contra o próprio modelo clássico da ciência, violando as mais básicas regras de Aristóteles.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, percebe-se que as tentativas positivistas de se explicar a autonomia das ciências jurídicas falham ao não considerarem o real papel dos princípios jurídicos e as relações entre normas.

Primeiramente, as normas se relacionam em vínculos de subordinação e insubordinação na medida em que se derivam umas das outras. Além disso, formam um sistema de proposições análogas ao sistema das ciências, segundo o modelo aristotélico. Assim, os princípios ocupam os lugares dos axiomas, e as regras os lugares dos teoremas; as regras da lógica para a derivação dos teoremas dos axiomas são substituídas pelo método tomista das determinações e conclusões.

Em segundo lugar, a autonomia se divide em dois modos, se se considera o estudo científico da lei natural ou da lei positiva. Para a sua observação, propõem-se dois critérios: existência de princípios jurídicos independentes e um conjunto de regras já formalmente promulgadas pela autoridade civil. Por conta da natureza desses critérios, mostra-se a utilidade da distinção entre relações dependentes e independentes entre normas. Além disso, é importante observar que a autonomia científica da lei positiva existe a prévia autonomia da lei natural da matéria em questão.

REFERÊNCIAS

AQUINO, T. de. **Suma Teológica**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ARISTÓTELES. **Órganon**. São Paulo: Edipro, 2019.

BECKER, A. A. **Teoria geral do direito tributário**: São Paulo: Noeses, 2010.

CALDERÓN, Á. M. **Umbrales de la filosofla**: cuatro introducciones tomistas. Moreno: El Autor, 2011.

CARROZZA, A. Individualización del derecho agrario por médio de sus institutos. *In*: CARROZZA, A.; ZELEDON ZELEDON, R. **Teoria general e institutos de derecho agrario**. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 77-95.

CARVALHO, A. T. de. **Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 1985.

DONATI, B. **Fondazione della scienza del diritto**. Padova: Cedam, 1929.

FERREIRA NETO, A. M. **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

GARCÍA MÁYNEZ, E. **Introducción a la lógica jurídica**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1951.

HERVADA, J. **Introduccion critica al derecho natural**. Navarra: Ediciones Universidade de Navarra, 2011.

MARCIAL, A. B. **Derecho agrario**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1965.

ROCCO, A. **Principi di diritto commerciale: parte generale**. Torino: Unione Ed. Torinese, 1928.

SCHOLZ, H. Die Axiomatik der Alten. **Blätter für deutsche Philosophie**, [S. l.], v. 4, p. 259-278, 1930.

Bens de capital essenciais à Recuperação Judicial

Capital assets essential to Judicial Recovery

SIMARA CRISTINA FERREIRA GOULARTE

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: simaragoularte@hotmail.com

SAMIR VAZ VIEIRA ROCHA

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: samirvrocha@unipam.edu.br

Resumo: Desde o início do ano de 2020, o Brasil e o mundo vêm enfrentando grandes impactos no sistema de saúde, bem como no sistema econômico-financeiro do país em razão da pandemia do coronavírus. Diante disso, muitos empresários buscam medidas de soerguimento como forma de preservação das empresas em face da crise instaurada, entre elas as instituídas na Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), a qual disponibiliza e regulamenta meios de preservação das empresas buscando a superação da crise. O presente trabalho tem como fito tratar as questões relacionadas à referida legislação, em especial aquelas decorrentes do parágrafo 3º do artigo 49. A problemática gerada pelo dispositivo legal parte da definição do termo, isto é, do que se considera ou não bem essencial à empresa recuperanda, até os prazos que esses bens de capital devem ficar na posse do devedor. Assim, por meio de fontes de apreciação teórico-bibliográfica e webliográfica, buscam-se entendimentos e conceitos a fim de que as partes possam formular concepções consensuais de todos os envolvidos.

Palavras-chave: Pandemia. Recuperação judicial. Bens de capital.

Abstract: Since the beginning of 2020, Brazil and the world have been facing major impacts on the health system, as well as on the economic-financial system of the country due to the coronavirus pandemic. As a result, many businessmen seek for measures to recover from these impacts as a way to preserve their companies from the crisis, including those instituted in the Judicial Recovery Law (Law 11.101/2005), which provides and regulates ways to preserve companies trying to overcome a crisis. This paper aims to address the issues related to such legislation, especially those arising from paragraph 3 of article 49. The problem generated by the legal provision starts from the definition of the term, such as, what is or is not considered an essential asset to the company under reorganization, up to the deadlines that such capital assets must remain in the possession of the debtor. Thus, by means of theoretical, bibliographical and webliographic sources, understandings and concepts are pursued so that the parties may formulate consensual conceptions of all those involved.

Keywords: Pandemic. Judicial recovery. Capital assets.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente o Brasil vive uma de suas piores crises econômico-financeira em razão da pandemia do coronavírus. Com o aumento de casos e mortes, o governo vem

impondo a cada dia medidas mais severas e rigorosas à população, principalmente o distanciamento social, e como consequência o fechamento imprevisível e temporário do comércio, o que tem levado diversas empresas, sobretudo aquelas de pequeno e médio porte, ao caminho da falência.

Diante desse cenário caótico, empresários vêm buscando medidas e recursos para preservar e soerguer economicamente suas empresas, como forma de manter e proteger sua atividade no mercado, e uma das principais medidas e mais buscadas é o instituto da recuperação judicial.

A Recuperação de Empresas é um ramo do Direito Empresarial que versa sobre a saúde econômica e financeira das empresas em cenários de crise, visto que as empresas possuem um importante papel na economia do país, pois, além de movimentar a economia como um todo, através da produção de bens e serviços, gera empregos diretos e indiretos.

Importante destacar algumas fases que conduziram o sistema jurídico até o direito falimentar, o qual foi substancialmente alterado pela Lei 11.101/2005, vigendo hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito falimentar no Brasil teve início ainda no período colonial, entretanto teve sua principal fase quando da transição do Decreto-Lei 7.661/45 para as inovações da Lei 11.101/2005. Com o Decreto-Lei 7.661/45, a então Lei das Falências e Concordatas, aqueles empresários que buscavam tentativas de reunir credores para renegociarem suas dívidas, estando em situação de crise econômica, tiveram todos os atos por eles praticados considerados como atos de falências, dessa forma a referida lei diminuiu a influência dos credores, concentrando poderes nas mãos dos juízes.

A partir do dia 08 de junho de 2005, a Lei 11.101/2005 passou a regulamentar as possibilidades de recuperação extrajudicial e judicial de empresas, modificando radicalmente o sistema falimentar então vigente.

O sistema de recuperação judicial foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de disponibilizar meios de soerguimento e preservação das empresas em crise econômica, por ser um organismo de grande importância socioeconômica para sociedade, bem como para o país.

Com a nova legislação inserida no sistema jurídico brasileiro, viu-se que a probabilidade de recuperar empresas em crise poderia trazer benefícios à economia do país, tendo em vista que a falência dos empresários sempre acarretava impactos, positivos e negativos, na economia brasileira.

Entretanto, com os benefícios, vieram alguns questionamentos e problemas acerca do assunto, os quais trazem uma intensa discussão, como o conceito da essencialidade do bem à recuperação judicial, nos termos do artigo 49, §3º, da Lei 11.101/2005.

Assim, o presente estudo tem por finalidade analisar e conceituar o instituto da recuperação judicial de empresas e, sobretudo, buscar as principais definições de bens de capital essenciais à empresa em processo de recuperação judicial, conhecer os fundamentos da existência da norma, bem como as formas como os tribunais estão aplicando o referido dispositivo da Lei de Recuperação Judicial, por meio de uma investigação exploratória, de método dedutivo, baseando-se em fontes bibliográfica e webliográfica.

Pretende-se responder aos questionamentos que permeiam o conceito da essencialidade do bem à recuperação judicial nos termos do artigo 49, §3º, da Lei 11.101/2005.

2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

2.1 OS IMPACTOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA NAS EMPRESAS

Desde o início do ano de 2020, o Brasil vem enfrentando grandes impactos sociais e econômicos em razão da pandemia do coronavírus. O cenário de picos de casos e de mortes em virtude do vírus vem impondo à população diversas restrições, sobretudo o distanciamento social.

Com essas medidas impostas pelos governos, vários setores da economia estão sendo sacrificados, principalmente as pequenas e médias empresas.

De acordo com especialistas, a economia brasileira sofreu um tombo histórico em 2020 com a queda do PIB (Produto Interno Bruto), o qual encolheu 4,4%, sendo o maior índice desde o ano de 1990, ano de pior PIB nacional (CARRANÇA, 2021).

Assim, diante desse cenário, houve um considerável aumento de pedidos de recuperação judicial, conforme aponta Cordeiro (2021):

A pandemia do coronavírus trouxe diversos impactos sociais e econômicos. Entre eles tem-se o considerável aumento de novos pedidos de recuperação judicial, sobretudo pelas pequenas e médias empresas, as mais afetadas pelos decretos que buscam um controle da pandemia através de paralisações e limitações de suas atividades e, conseqüentemente, receita para o exercício empresarial.

Diante da crise econômico-financeira instaurada na empresa, inicia-se irremediavelmente um desequilíbrio nos setores, sobretudo entre oferta e demanda.

Segundo Coelho (2014, p. 241), a crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas; ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio; é financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações e é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.

Para Ramos (2020), o empresário sabe quando está iniciando uma crise em sua atividade. A perda de clientes, a redução do faturamento, o desaquecimento do setor em que atua etc. são fatores que permitem ao empresário prever futuras dificuldades e tomar medidas preventivas, entre elas um eventual pedido de recuperação judicial.

Assim, diante do cenário precário do sistema econômico-financeiro do Brasil, o qual está sendo atingido drasticamente pela pandemia do coronavírus, parte considerável de empresários, sobretudo aqueles de pequenas e médias empresas, estão sentindo os dissabores da crise instaurada, credores buscando o recebimento de seu crédito e devedores buscando formas de realizar o cumprimento de suas obrigações,

utilizando-se de medidas de prevenção e soerguimento para o seu negócio, entre elas, principalmente, o pedido de recuperação judicial.

2.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Insta salientar a importância que a Carta Magna de 1988 confere ao direito de propriedade como pressuposto da ordem econômica, atribuindo-lhe caráter fundamental, conforme dispõe os artigos 5º, inciso XXII e 170 da CF/88, *in verbis*:

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:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional; II - propriedade privada;

III - função social da propriedade; (...)

Dessa forma, verifica-se que a função social se encontra presente no princípio da ordem econômica, bem como no rol de direitos fundamentais, axiologia que apresenta um conjunto de significados e interpretações em consonância com Constituição Federal.

Nesse mesmo sentido, aponta o ilustre constitucionalista Lenza (2018, p. 1245):

Como regra geral, assegura-se o direito de propriedade, que deverá atender à sua função social, nos exatos termos dos arts. 182, §2º, e 186 da CF/88. Esse direito não é absoluto, visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e, desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV).

Assim, a função social deve não só constituir um dever-ser da empresa e de sua atividade econômica, mas também assegurar um interesse constitucional de toda a sociedade, inclusive daquelas empresas em crise, sobretudo quando sua preservação fortalece os fundamentos e garantias propostos pela Carta Magna.

Depreende-se que a função social da propriedade influencia diretamente o direito de propriedade, sendo essencial para que esse direito seja garantido de forma plena sob a tutela da Constituição Federal.

2.3 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NO BRASIL

A Lei 11.101/2005 passou a vigorar no Brasil a partir de 08 de junho de 2005, regulamentando a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, bem como a falência.

Cumprir dizer que a tramitação legislativa da atual legislação perdurou por cerca de 11 anos, a qual modificou significativamente o sistema falimentar então vigente.

Nesse sentido, o artigo 47 da Lei 11.101/2005 bem define os objetivos da LRE:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Dessa forma, depreende-se que o principal objetivo da legislação vigente é buscar a reorganização daquelas empresas que fazem jus aos benefícios do instituto, ou seja, somente aquelas que possuem uma real viabilidade econômica no mercado.

Ramos (2020) entende que o dispositivo deixa clara a sua finalidade: permitir a recuperação dos empresários individuais e das sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

Percebe-se, todavia, que a recuperação só deve ser facultada aos devedores que realmente se mostrarem em condições de se recuperar. A recuperação é medida, destinada aos devedores viáveis. Se a situação de crise que acomete o devedor é de tal monta que se mostra insuperável, o caminho da recuperação lhe deve ser negado, não restando outra alternativa a não ser a decretação de sua falência.

Salomão e Santos (2020, p. 24) afirmam que a medida extrema de falência só deve ser decretada quando for inviável preservar a atividade.

Assim, não se demonstrando a viabilidade financeira e econômica da empresa, não há outro caminho senão o da decretação da falência, sendo, portanto, negado o instituto da recuperação judicial.

Segundo Ramos (2020), o empresário deve requerer a recuperação judicial antes de a crise chegar em uma situação irreversível, isto é, o pedido deve ser realizado antes que algum credor peça a sua falência.

Moreira (2018) afirma que a Lei 11.101/2005 tratou de organizar cuidadosamente o instituto da recuperação judicial de modo a disciplinar a disputa entre credores e devedores que se encontrem em crises econômico-financeiras. De um lado, os credores na corrida contra o tempo para receber em primeiro lugar, de outro, o devedor buscando a negociação das dívidas sem sacrificar sua empresa ou patrimônio. Diante disso, a lei busca desarmar essa disputa, uma vez que as execuções são todas suspensas em decorrência da lei e não de ato judicial, tratando-se do efeito *ope legis* do despacho de processamento.

Diante do exposto, tem-se que o instituto da recuperação judicial tem como principal escopo proporcionar a reorganização estrutural da empresa, buscando sua função social, bem como sua preservação e estímulo para o soerguimento da atividade econômica inerente principalmente àquelas empresas que possuem viabilidade mercadológica.

2.4 CONDIÇÕES E REQUISITOS PARA REQUERER A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Mostrando-se a viabilidade da recuperação, a empresa ora devedora poderá pleitear a recuperação judicial, desde que preencha algumas condições e requisitos exigidos pela legislação pertinente.

O artigo 48 da LRE estabelece os requisitos necessários para que o juiz autorize o processamento do pedido de recuperação judicial, *in verbis*:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

– não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

– não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

- não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

– não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Assim, observados e cumpridos os requisitos acima, a empresa deverá promover a petição inicial do pedido de recuperação judicial, devidamente instruída com os documentos exigidos pela LRE.

Ingressado, devidamente, o pedido de recuperação judicial, e deferido seu processamento, o juiz exigirá os documentos necessários para o prosseguimento do pedido, conforme artigo 52 da LRE, *in verbis*:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

– nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou

incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

- determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei;

- ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

- determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

- ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

V - ordenará a intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, a fim de que tomem conhecimento da recuperação judicial e informem eventuais créditos perante o devedor, para divulgação aos demais interessados.

Dessa forma, cumpridas e observadas as exigências, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial da empresa devedora, determinando e ordenando medidas para o início do período preparatório dos atos processuais da recuperação.

Segundo Cruz (2019, p. 280), “dentre as medidas, destacam-se a designação do administrador judicial, que ficará encarregado do procedimento de verificação e habilitação dos créditos, e a determinação da suspensão das ações de execuções individuais contra o devedor (*stay period*)”.

A suspensão das ações de execução é de suma importância para o prosseguimento da recuperação judicial, uma vez que visa permitir ao devedor, ora empresa recuperanda, oportunidades de negociação com seus credores, preservando, ao mesmo tempo, a atividade empresarial, conforme bem explica Salomão e Santos (2020, p. 48):

A razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções – *stay period* – na recuperação judicial é a de permitir que o devedor em crise consiga negociar de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação judicial) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais

constrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu fatiamento, além de afastar o risco da falência.

Concedido o processamento da recuperação judicial pelo juiz, a devedora deverá apresentar o plano de recuperação pelo prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da data da publicação do deferimento, comprovando e justificando, através dos documentos exigidos no artigo 53 da LRE, os requisitos que a faz jus ao prosseguimento do plano de recuperação, bem como propondo medidas viáveis de superação da crise que atinge a empresa, sob pena de convalidação em falência, vejamos:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

- discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
- demonstração de sua viabilidade econômica; e
- laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Cumprido ressaltar que o devedor deverá cumprir com todos os requisitos acima dispostos na legislação, para a apreciação e aprovação do plano de recuperação pelos credores e interessados.

2.5 EXECUÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Segundo Ramos (2020), no processo de recuperação judicial, ao contrário do que acontece no processo de falência, o devedor em crise não perde a administração da empresa, contudo, isso poderá ocorrer nas situações previstas na LRE.

Cumprido ressaltar também que, embora o devedor, em princípio, não perca a administração da empresa, o artigo 66 da LRE limita sua liberdade quanto à alienação dos bens ativos pertencentes à empresa. Veja-se o citado artigo:

Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.

Portanto, aprovado e homologado o plano de recuperação judicial, o devedor deverá cumprir com as obrigações que lhe foram impostas, sob pena de convação em falência, e estará impedido de dispor dos bens da empresa.

Por fim, Coelho (2011, p. 428) destaca que a fase de execução do processo de recuperação judicial se encerra quando do cumprimento do plano de recuperação no prazo de até 2 anos ou quando do pedido de desistência do devedor, o qual poderá ser apresentado a qualquer tempo, estando sujeito à aprovação pela assembleia geral dos credores.

Entretanto, embora a LRE seja extremamente rigorosa ao determinar a empresa devedora o cumprimento do plano de recuperação judicial, de outro lado, a empresa recuperanda necessita de bens que auxiliem para o sucesso na execução deste plano, quais sejam, os bens de capital pertencentes à empresa e essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial.

3 BENS DE CAPITAL DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 FUNDAMENTOS DA PREVISÃO NORMATIVA DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Abud (2011) afirma que a Lei 11.101/2005 foi editada, tendo como princípios basilares a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores, e por fim os interesses dos credores.

Conforme acima elencado, o artigo 47 da LRE define o principal objetivo da LRE, qual seja buscar salvaguardar os interesses da empresa em crise, desde que economicamente viável, preservando a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, tratando-se de privilégios mútuos entre credor e devedor.

Assim, o proprietário fiduciário dos bens não terá seus créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial, entretanto não poderá vender ou retirar o bem de capital que ainda está na posse da devedora, preservando assim a empresa, bem como o objeto da garantia essencial ao regular exercício da atividade da empresarial, levando em consideração a manutenção da atividade empresarial da recuperanda.

Nesse sentido, dispõe o §3º do artigo 49 da LER, *in verbis*:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de

propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Ademais, conforme bem pontua Moreira (2018), no que tange à essencialidade do bem, esta precisa ser comprovada pela principal interessada, qual seja a empresa recuperanda, cabendo a esta o ônus de provar a essencialidade do bem.

Como bem explica Tavarnaro (2017), incumbe às empresas recuperandas comprovar detalhadamente a essencialidade dos bens, carreando os autos de provas fidedignas da imprescindibilidade destes para o desenvolvimento das suas atividades. Do contrário, não é lícito que permaneçam na posse dos bens alienados.

Portanto, a existência da previsão normativa buscou tornar efetivo o objetivo de recuperar a sociedade empresarial devedora, conforme prevê o artigo 47 do mesmo diploma, viabilizando a superação da crise econômico-financeira da devedora, preservando a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

3.2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS DE BENS DE CAPITAL NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embora a Lei 11.101/2005 esteja se adaptando ao cenário econômico-financeiro das empresas, não se pode olvidar que ainda permeiam algumas inseguranças jurídicas em torno de seus dispositivos, como o conceito de bens de capital pertencentes à empresa em recuperação judicial.

O artigo 49 da LRE incumbiu-se de definir os créditos submetidos à recuperação judicial, quais sejam, todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Entretanto, como toda regra tem sua exceção, nem todos os credores se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial, conforme bem explica Ramos (2020):

De fato, estão excluídos da recuperação judicial, segundo os §§ 3.º e 4.º, do art. 49 da LRE, o “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (...)”[...] Ademais, importante ressaltar que, referida exceção prevista no §3º do dispositivo acima mencionado, possui uma importante vedação, qual seja, a proibição da venda ou da retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º:

Art. 6º. (...) § 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

Nesse sentido, Pedreira (1989, *apud* MOREIRA, 2018, p. 189) buscou uma definição doutrinária mais ampla acerca dos bens de capital:

Há um critério utilizado pela doutrina jurídica para a definição de bem de capital, que pode ser bastante útil para a compreensão do problema. Prestigiado autor escreveu que "insumos e bens de capital assemelham-se sob o aspecto de que servem para criar outros bens econômicos e não são fontes de fluxos de serviços de consumo utilizados diretamente como meio para alcançar objetivo, mas diferem sob o aspecto do período de aplicação no processo produtivo: os insumos participam de um único ciclo operacional, porque destruídos ou transformados na produção, e os bens de capital, embora não sejam perpétuos (estão sujeitos a desgaste, a obsolescência), têm prazo de vida útil superior à duração de um ciclo operacional.

Portanto, os bens de capital são aqueles que "têm importância no processo de produção, ou na sua durabilidade ou permanência (em contraste com os bens de consumo)", como bem define Salomão e Santos (2020, p. 371).

Assim, os bens de capital seriam aqueles que servem para "a produção de outros bens, especialmente os bens de consumo, como máquinas, equipamentos, material de transporte e instalações de uma indústria" (SANDRONI, 1985, p. 51).

Importante ressaltar que, embora seja um termo aparentemente simples de compreender, possui uma ampla interpretação em razão da lacuna existente na previsão normativa, o que na prática causa bastante confusão entre os interessados no processo de recuperação judicial, principalmente entre julgadores.

Nesse sentido, em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (REsp: 1758746 GO 2018/0140869-2), o Ministro Marco Aurélio Bellizze entendeu que os bens de capital são aqueles essenciais ao processo produtivo da empresa, tendo como principais características ser um bem corpóreo (móvel ou imóvel), que se encontra na posse direta do devedor, e, sobretudo, que não seja perecível nem consumível.

Ramos (2020) conclui que os tribunais superiores decidiram que para ser bem de capital, o bem deve ser corpóreo, encontrar-se na posse direta do devedor e não ser perecível nem consumível, de modo que possa ser entregue ao titular da propriedade fiduciária, caso persista a inadimplência, ao final do *stay period*.

Depreende-se que, embora o conceito de bens de capital seja algo elementar, na prática existe ainda bastante confusão entre os principais interessados no processo de recuperação judicial, quais sejam credor e devedor, sobretudo o julgador.

3.3 CONTROLE DE LEGALIDADE MATERIAL

Importante ressaltar a importância que a figura do juiz representa para o Estado no processamento da recuperação judicial, face a sua principal função, a de controle de legalidade formal, no cumprimento puro da lei, sobretudo no que tange ao repúdio à fraude e abuso de direito, controle de verificação do cumprimento puro da lei, mas não o controle de sua viabilidade econômica.

Nesse sentido, vejamos um recente precedente do Egrégio Tribunal de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - HOMOLOGAÇÃO DO PLANO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES - DECISÃO SOBERANA - AUSÊNCIA DOS VICÍOS APONTADOS - VALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. As decisões da Assembleia Geral dos Credores são soberanas, passíveis de questionamento ou alteração apenas quando constatada flagrante ilegalidade ou abuso de direito, oportunidade em que o magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação, mas não o controle de sua viabilidade econômica. (TJ-MG - AI: 10000205982739000 MG, Relator: Wilson Benevides, Data de Julgamento: 31/08/2021, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/09/2021).

Diante disso, resta demonstrado que cabe ao magistrado não apenas o controle de legalidade formal, mas também o controle de legalidade material, utilizando-se de um juízo valorativo ao conceituar bens de capital essenciais dentro da empresa, coibindo, dessa forma, o abuso de direito, bem como a má-fé do credor e/ou do devedor.

3.4 POSSÍVEIS DEFINIÇÕES DO ÓRGÃO JULGADOR

Tecidas as considerações acima, a seguir serão demonstradas as principais e mais recentes interpretações que os tribunais estão aplicando no que tange à definição de bens de capital essenciais à empresa em recuperação.

Importante destacar nas decisões a seguir que são diversas as inseguranças jurídicas que permeiam a LRE, malgrado a problemática em torno da definição de bens de capital essenciais, há uma intensa discussão acerca do mesmo dispositivo, envolvendo o período em que a retirada ou venda desses bens pode ser retirada da posse da recuperanda.

No Agravo de Instrumento n 1.0598.14.001580-4/078, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu-se que o dinheiro não é bem de capital essencial à

recuperanda. No acórdão, os julgadores entenderam que o fruto da colheita e comercialização de cana-de-açúcar, a qual foi dada em garantia para o credor, não possui caráter essencial, tendo em vista o esgotamento do próprio bem, “uma vez consumido, deixa de pertencer ao patrimônio de um para integrar o patrimônio de outro”. Verifica-se:

Agravo de instrumento - Recuperação judicial - Dinheiro em espécie - Bens de capital - Impossibilidade dessa caracterização - Essencialidade para fins do art. 49, § 3º, da Lei 11.101, de 2005 - Inocorrência - Recurso ao qual se dá provimento.

Para fins do artigo 49, § 3º, da Lei de Recuperação Judicial e Falência, "bem de capital" é aquele considerado essencial, inserido no processo produtivo, sob a posse da recuperanda e cuja utilização não esvazie a própria garantia.

O dinheiro em espécie, ainda que essencial a qualquer pessoa jurídica mercantil, não se qualifica como "bem de capital" porque sua utilização implica seu esgotamento, sendo impossível restitui-lo após o stay period.

A manutenção da posse da recuperanda sobre o "bem de capital" não lhe concede o direito de propriedade sobre a coisa, pois o legislador apenas tentou preservar as atividades empresariais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0598.14.001580-4/078 - COMARCA DE SANTA VITÓRIA - VARA ÚNICA DO JUÍZO - AGRAVANTE: NUVA TRADING LTDA. - AGRAVADAS: AF ANDRADE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., ANDRADE ENERGIA LTDA., COMPANHIA ENERGÉTICA VALE DO SÃO SIMÃO E SÃO SIMÃO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A - INTERESSADA: JULIANA FERREIRA MORAIS, ADMINISTRADORA JUDICIAL. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0598.14.001580-4/078, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/05/2020, publicação da súmula em 21/05/2020).

No julgamento a seguir, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o bem imóvel pertencente ao credor titular proprietário fiduciário não se sujeitaria aos efeitos da recuperação judicial, por estarem “instalados no imóvel em pauta, silos para armazenamento de grãos e a fábrica de ração para animais, com a principal planta industrial da recuperanda, de maneira que o desapossamento inviabilizaria o prosseguimento da atividade empresarial, em prejuízo da comunidade dos credores e em confronto com o artigo 47 da mesma Lei 11.101”. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DE

TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535, I E II, DO CPC/1973. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL ESSENCIAL À ATIVIDADE EMPRESARIAL. SUBMISSÃO. PRAZO DE SUSPENSÃO. MITIGAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. (...). 3. Deve ser excetuada a regra que prevê que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal n. 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, quando o imóvel alienado fiduciariamente é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de obstrução da empresa e dos empregos ali gerados. Precedentes. 4. O prazo de suspensão das ações e execuções poderá ser ampliado para garantir a preservação da empresa e a manutenção dos bens de capital essenciais à atividade na posse da recuperanda. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 1087323 SP 2017/0086291-1, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 23/03/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2020).

Diante do exposto, resta demonstrado que os tribunais estão buscando alinhar a controvérsia existente na interpretação e aplicação da norma na prática, sopesando o princípio da preservação da empresa, objetivando a finalidade da função social da empresa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No deslinde do presente trabalho, baseando-se em posicionamentos doutrinários e jurisprudências, foram verificadas algumas controvérsias que permeiam a Lei 11.101/2005, a qual versa sobre a Recuperação Judicial de Empresas, sobretudo no que tange à definição do termo “bens de capital essencial” constante no artigo 49, § 3º da lei recuperacional.

Inicialmente, ressaltou-se a crise econômico-financeira instaurada no Brasil, em razão da pandemia do coronavírus e seus reflexos nas empresas.

Diante disso, verificou-se que, entre as medidas mais buscadas pelos empreendedores para a superação desta crise, está o instituto da recuperação judicial.

Outrossim, foram demonstrados os principais objetivos da legislação vigente, como a reorganização da empresa e sua viabilidade econômica no mercado. Logo após, dedicou-se a explicar como se inicia o processo de recuperação judicial, desde as

principais condições e requisitos para sua concessão, como a elaboração da petição inicial, momento em que o juízo competente analisa os requisitos formais para o pedido de processamento, sua concessão e o deferimento do plano de recuperação. Em outro momento, um dos mais importantes para o futuro da empresa devedora, passou-se a explicar a fase de execução do plano, na qual a empresa demonstrará, na prática, sua viabilidade econômica.

Ademais, foram apresentados os fundamentos da previsão normativa da Lei de Recuperação de Empresas, com ênfase no artigo 49, § 3º da legislação pertinente, a qual exclui dos efeitos da recuperação judicial uma determinada classe de credores, assim determinados na referida legislação. Por fim, verificou-se que esses credores não poderiam retirar e/ou vender os bens dados em garantia pelo devedor, sobretudo aqueles essenciais à atividade empresarial. Entretanto, verificou-se que a definição de “bens de capital” vem causando algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais em razão da lacuna existente da previsão normativa.

Nessa toada, verificou-se a importância da função social e a preservação da empresa, sobretudo na tentativa de soerguimento da recuperanda, mesmo em face das consequências sociais e econômicas vivenciadas, destacando-se como principal meio de superação da crise a permanência e a posse dos bens de capital essenciais e indispensáveis à preservação da atividade econômica da recuperanda.

Pelo exposto, conclui-se que, em face do amplo mercado de atividades empresariais, cada qual com seu ramo de atuação, bem como diante da escassa definição acerca do tema e das controvérsias existentes, faz-se necessário aos operadores do direito sopesar a aplicação e interpretação da norma na prática, analisando a atividade econômica principal da empresa, bem como os bens de capital considerados essenciais à preservação da empresa, buscando alternativas que não coloquem em risco a atividade econômica, observando, principalmente, o princípio da preservação da empresa e sua função social.

REFERÊNCIAS

ABUD, H. M. Os três princípios fundamentais da recuperação judicial. **DireitoNet**, 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial>.

BRASIL. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de falências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm.

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

BRASIL. **Lei Federal Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Provido**. REsp 5261774-77.2016.8.09.0000 GO 2018/0140869-2. Recorrente: Itau Unibanco S.A. Recorrido: Regia

Comercio De Informatica Ltda "Em Recuperação Judicial" Em Recuperação Judicial. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/632913062/recurso-especial-resp-1758746-go-2018-0140869-2>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo De Instrumento-Cv: 1.0000.20.598273-9/000** - Comarca de Ituiutaba - Agravante (s): Jorge Eduardo Farah - Me Representado (a)(s) Por Jorge Eduardo Farah - Agravado (A)(S): Baduy & Cia Ltda. Relator: Wilson Benevides. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1279323789/agravo-de-instrumento-cv-ai-000205982739000-mg>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento: 1.0598.14.001580-4/078** - Comarca de Santa Vitória - Vara Única do Juízo - Agravante: Nuva Trading Ltda. - Agravadas: AF Andrade Empreendimentos e Participações Ltda., Andrade Energia Ltda., Companhia Energética Vale Do São Simão E São Simão Empreendimentos E Participações S/A - Interessada: Juliana Ferreira Moraes, Administradora Judicial. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941503806/agravo-de-instrumento-cv-ai-0598140015804078-santa-vitoria>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento: 1087323 SP 2017/0086291-1**, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 23/03/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1290749645/decisao-monocratica-1290749659>.

CARRANÇA, T. PIB: pandemia agrava o que já seria a pior década de crescimento no Brasil em mais de um século. **BBC News Brasil**, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56257245>. Acesso em: 08 maio 2021.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. v. 3.

CORDEIRO, P. F. Recuperação judicial e falência em época de pandemia. **Estadão Blogs**, 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/recuperacao-judicial-e-falencia-em-epoca-de-pandemia/>.

CRUZ, A. L. **Direito Empresarial: sinopses para concursos**. 2. ed. rev. atual. amp. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

MOREIRA, A. C. Bem de capital na recuperação judicial. **Migalhas**, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/292285/bem-de-capital-na-recuperacao-judicial>.

RAMOS, A. L. S. C. **Direito empresarial**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/ncv1nxn>.

SALOMÃO, L. F.; SANTOS, P. P. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANDRONI, P. (org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

TAVARNARO, G. H. J. A questão da essencialidade dos bens dados em garantia de alienação fiduciária nos contratos celebrados com empresas em regime de recuperação judicial. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/253535/a-questao-da-essencialidade-dos-bens-dados-em-garantia-de-alienacao-fiduciaria-nos-contratos-celebrados-com-empresas-em-regime-de-recuperacao-judicial>.

Cartas psicografadas como meio de prova no Tribunal do Júri

Psychographed letters as means of evidence in the Trial Court

BRENDA ÉVELLYN SANTOS
Discente do Curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: brendaes@unipam.edu.br

RENATO DE SOUZA NUNES
Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: renattonunes@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho teve como tema o estudo da psicografia como meio probatório no âmbito do Tribunal do Júri. Como objetivo, o estudo se propôs a responder se seria ilícito o uso das cartas psicografadas no âmbito do Júri. Ademais, pretendeu-se analisar a psicografia como meio de prova à luz dos princípios da laicidade do estado, do contraditório e da plenitude de defesa. Por fim, objetivou-se estudar o posicionamento dos julgadores sobre o tema. Para tanto, fez-se necessário apresentar um panorama geral sobre a teoria da prova no direito processual penal, bem como discorrer brevemente acerca do espiritismo e psicografia, a fim de possibilitar análise deste escrito sob à luz da grafoscopia, bem como apresentar uma análise jurídica com argumentos favoráveis e contrários à sua utilização no processo penal e, em especial, naqueles submetidos ao rito do Júri. No que se refere à metodologia, foi adotado o método dedutivo-bibliográfico e a pesquisa teórica. Como resultado, concluiu-se que a psicografia pode ser admitida como meio de prova no processo penal e no âmbito do Júri, já que não ofende normas materiais ou processuais penais e constitucionais, sendo, portanto, lícita.

Palavras-chave: Espiritismo. Mediunidade. Processo penal. Provas.

Abstract: This paper had studies psychography as a means of evidence in the Jury Tribunal. The purpose was to answer whether the use of psychographed letters would be illegal in the context of the jury. Furthermore, it was intended to analyze the use of psychography as a means of evidence according to the principles of secularity of the state, of the adversarial principle and of the fullness of the defense. Finally, the study of the position of the judges on the theme was pursued. To this end, it's necessary to describe a general panorama on the theory of evidence in criminal procedural law, as well as to briefly discuss spiritism and psychography, in order to make possible an analysis of this writing under the light of graphoscopy and to present a legal analysis with arguments in favor and against its use in criminal proceedings and, in special, in those submitted to the jury procedure. Regarding methodology, the deductive-bibliographical method and theoretical research were chosen. As a result, it was concluded that psychography may be admitted as a means of evidence in criminal proceedings and in the scope of the jury, since it does not offend constitutional or criminal procedural norms, being, therefore, legal.

Keywords: Spiritism. Mediumship. Criminal procedure. Evidence.

1 INTRODUÇÃO

Diante da importância que a prova tem para a dinâmica processual, principalmente no âmbito penal, em que a busca para comprovar a existência e a veracidade de um fato se torna essencial para a justa aplicação da lei penal, o ordenamento jurídico pátrio adotou princípios basilares como o da busca da verdade real e da liberdade probatória.

Diante disso, o Código de Processo Penal traz um rol exemplificativo dos meios de prova que podem ser produzidos e permite, desde que não se violem normas (materiais e processuais) constitucionais e penais, diversos outros meios para a instrução criminal. Nesse contexto, diante da não proibição expressa do ordenamento jurídico pátrio, surgem debates entre os juristas acerca da possibilidade da psicografia como meio de prova, à luz de princípios constitucionais.

Destarte, a presente pesquisa tem como objetivo elucidar a seguinte indagação: é lícita a utilização das cartas psicografadas nos processos submetidos ao Tribunal do Júri?

Pretende-se, também, verificar se as cartas psicografadas são ilícitas ou apenas provas atípicas, bem como questionar se sua aceitação viola a garantia de liberdade religiosa. Ademais, objetiva-se analisar a psicografia à luz do contraditório e, considerando as particularidades do Júri, à luz da plenitude de defesa, bem como apresentar casos julgados pelo ordenamento pátrio, a fim de entender o posicionamento dos julgadores.

O estudo proposto se justifica pela relevância do tema, sendo certo que muitas são as consequências resultantes da utilização ou não da carta psicografada, portanto, é indispensável um estudo cuidadoso do tema. Ademais, a relevância do tema para a atualidade se pauta na importância de se discutir, inclusive no âmbito jurídico, a psicografia como um fenômeno científico e não apenas religioso e filosófico, possibilitando assim sua utilização para a busca da verdade no âmbito do processo penal.

Para tanto, será apresentado um panorama das provas no processo penal, discorrendo acerca do conceito de prova, diferença entre meios de prova e fontes de prova, apresentando-se o rol de meios de prova existentes na legislação. Serão analisadas as vedações probatórias existentes, além do sistema de valoração adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, será exposto um breve contexto sobre o espiritismo, além do conceito de psicografia e considerações necessárias para a compreensão do tema. Após, será feita uma análise da psicografia à luz da perícia grafotécnica. Por fim, será feita uma análise jurídica da psicografia como meio de prova, discorrendo sobre argumentos favoráveis e contrários à sua utilização, sendo apresentados alguns casos concretos.

No que se refere à metodologia, adota-se o método dedutivo-bibliográfico e a pesquisa teórica, pautando-se em doutrinas, artigos científicos, julgados, *sites* jurídicos e especializados em notícias, materiais estes escolhidos consoante a temática em questão.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Neste item, a fim de proporcionar uma melhor compreensão a respeito do tema, será apresentado um breve panorama sobre a prova no processo penal.

2.1 CONCEITO DE PROVA

Conforme explica Lima (2016, p. 792), o termo “prova” tem origem na palavra latina *probatio* e significa examinar, inspecionar, aprovar ou confirmar. Complementando o conceito, no âmbito processual penal Capez (2022, p. 143) explica que se trata do

[...] conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar o magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Para Lima (2016, p. 792), a palavra “prova” tem três acepções. Como atividade probatória, trata-se dos atos praticados para chegar à veracidade dos fatos e formar o convencimento do juiz. Como resultado, visa formar a convicção do julgador diante da existência ou inexistência de uma situação fática. Por fim, como meio, refere-se aos instrumentos idôneos utilizados para formar a convicção do julgador.

2.2 MEIOS DE PROVA

Inicialmente, é imprescindível diferenciar fontes de prova e meios de prova. Lima (2016, p. 799) explica que a expressão “fontes de prova” se relaciona às pessoas ou às coisas das quais se extrai as provas, podendo, portanto, serem classificadas em fontes pessoais quando extraídas, por exemplo, de peritos, acusado, vítima, testemunhas, e fontes reais quando retiradas, por exemplo, de documentos.

Sobre os meios de prova, Lima (2016, p. 800) aduz que se trata de uma atividade endoprocessual, ou seja, realizada, em regra, durante a fase processual da persecução penal, perante o juiz competente, à luz do contraditório. É, portanto, o instrumento utilizado para produção da prova.

Assim, enquanto as fontes de provas são os elementos dos quais se extrai a prova, os meios de prova são os instrumentos utilizados no processo para demonstrar a veracidade do que foi alegado, formando o convencimento do julgador.

Exemplificando, Badaró (2003, p. 166) aduz: “a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova”.

De acordo com Capez (2022), o processo penal é regido pelo princípio da verdade real, ou seja, busca-se atingir o mais próximo possível da verdade, apurando-se os fatos, a fim de realizar a aplicação justa da lei penal.

Contudo, Lopes Jr. (2022a, p. 163) pondera:

[...] no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista com fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes.

Assim, é cediço que nem sempre será possível se alcançar uma verdade absoluta. Contudo, no processo penal, deve-se buscar elucidar os fatos da forma mais próxima da realidade.

O Código de Processo Penal traz um rol exemplificativo de meios de prova, consagrado nos artigos 158 a 250: a) provas periciais (arts. 158 a 184, CPP); b) interrogatório (arts. 185 a 196, CPP); c) confissão (arts. 197 a 200, CPP); d) ofendido (art. 201, CPP); e) prova testemunhal (arts. 202 a 225, CPP), f) reconhecimento de coisas e pessoas (arts. 226 a 228, CPP); g) acareação (arts. 229 e 330, CPP); h) documentos (arts. 231 a 238, CPP); i) indícios (art. 239, CPP) e j) busca e apreensão de coisas e pessoas (arts. 240 a 250, CPP).

Contudo, é importante destacar que embora o Códex apresente um rol de meios de prova, é possível, à luz do princípio da liberdade probatória, produzir provas distintas daquelas elencadas pelo texto legal, sendo estas as provas inominadas (CAPEZ, 2022).

Para fins da presente pesquisa, considerando que a doutrina majoritária considera as cartas psicografadas como uma prova documental, serão feitos breves comentários sobre esse meio de prova, sem o intuito de esgotar o tema.

Faz-se necessário, primeiramente, conceituar documento. O Código de Processo Penal, em seu art. 232, define documento como “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. Contudo, Bonfim (2019, p. 495-496) explica que a doutrina adota um conceito mais amplo que aquele apresentado no Códex, definindo documento como “todo objeto material que condense em si manifestação de pensamento ou um fato”.

Assim, o conceito atual de documentos abrange não só escritos, mas também materiais visuais, auditivos ou audiovisuais, acompanhado as novas tecnologias. (AVENA, 2021).

Nucci (2022) explica a diferença entre documento público e privado. Enquanto no primeiro há a interferência do Estado e é realizado por um funcionário público, o segundo é realizado por particulares sem interferência estatal.

Quanto aos documentos nominativos e anônimos, Nucci (2022) também apresenta as diferenças. Nos documentos nominativos, há a identificação de quem o produziu, enquanto nos documentos anônimos não há essa identificação.

Quanto ao momento de apresentação da prova documental, infere-se do art. 231 do CPP que os documentos podem ser juntados em qualquer fase do processo. Contudo, excetuando a regra, o art. 479 do mesmo Códex, dispõe que, no Tribunal do Júri, “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte” (BRASIL, 1941).

Dessa forma, feitas as considerações pertinentes acerca do meio de prova documental, verifica-se que as cartas psicografadas se inserem nesse meio de prova. Galvão (2011, p. 65-66) explica:

A prova psicografada é uma prova documental, justamente em razão do seu teor escrito [...] é documento particular, em detrimento desta não intervenção do estado [...] em todas as cartas psicografadas há a identificação tanto do remetente quanto do destinatário [...]. Logo, aperfeiçoando o próprio conceito da prova psicografada, é esta uma prova documental, particular e nominativa.

Complementando, Melo (2012b, p. 223) expõe que a “psicografia, quando apresentada no processo para valoração, terá caráter de prova documental devendo, portanto, submeter-se a todas as regras concernentes à prova documental”.

Considerando-se que a psicografia é um documento, voltando às lições de Badaró (2003) apresentadas neste tópico, esclareça-se, ademais, que as cartas psicografadas são uma fonte de prova e, após sua incorporação no processo, são meio de prova.

2.3 DAS VEDAÇÕES PROBATÓRIAS

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LVI, dispõe que é “inadmissível, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 157, estabelece que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Conforme explica Rangel (2021), as limitações do princípio da liberdade da prova visam manter o Estado Democrático de Direito, não sendo possível, portanto, a punição a qualquer preço, devendo-se respeitar limites éticos, princípios políticos e sociais, bem como garantias do acusado.

Nesse contexto, cumpre salientar que, segundo entendimento majoritário da doutrina, a prova ilegal é um gênero, sendo espécies a prova ilícita, a prova ilegítima e a prova irregular.

Segundo Lima (2016), o texto constitucional não conceitua prova ilícita. A doutrina pátria baseou-se, portanto, em ensinamentos do italiano Pietro Nuvolone para conceituá-la.

Destarte, conforme explica o autor, na hipótese em que a prova for obtida (em regra, fora do processo, ou seja, no momento de colheita) com violação a regras de direito

material, sendo elas do âmbito penal ou constitucional, esta será considerada ilícita, como, por exemplo, prova obtida em violação ao domicílio do acusado, garantia prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição.

Segundo Avena (2022, p. 448), as provas ilegítimas são aquelas “obtidas ou produzidas por meio de ofensa a normas de natureza processual”. Complementando o conceito, Lima (2016) esclarece que as provas ilegítimas são produzidas, em regra, no curso do processo, ou seja, é endoprocessual. Como exemplo de prova ilegítima, tem-se exposição de objeto em plenário do júri, sem que ele tenha sido juntado aos autos com antecedência de três dias úteis e ciência da parte contrária, conforme dispõe o art. 479 do Código de Processo Penal.

Já a prova irregular, segundo Rangel (2021), é aquela obtida em descumprimento de formalidades legais, como a oitiva de testemunha sem compromissá-la.

No que se refere a esse tema, cumpre salientar a controvérsia doutrinária acerca do assunto. Lima (2016) explica que o art. 157 do Código de Processo Penal, ao se referir a provas ilícitas, utiliza o termo “normas” sem distinguir se trata de uma norma de direito material ou processual. Em razão disso, Lima (2016) explica que parte da doutrina entende que será considerada ilícita toda prova obtida com ofensa a normas de direito material e processual, devendo, portanto, ser desentranhada do processo.

Contudo, Lima (2016) ainda explica que outra parcela da doutrina interpreta o texto legal de maneira restritiva, entendendo que são ilícitas apenas aquelas provas obtidas com ofensa a normas de direito material. Assim, as provas obtidas com violação a normas de direito processual serão consideradas ilegítimas e devem se submeter à teoria das nulidades, podendo ser reconhecida a mera irregularidade ou a nulidade absoluta ou relativa.

2.4 DA VALORAÇÃO DE PROVAS: SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO E SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

A apreciação da prova pela autoridade judicial, durante o ato de julgar, dependerá do sistema adotado, que estabelecerá regras para valoração da prova. O ordenamento jurídico brasileiro adota dois sistemas: da livre convicção e da íntima convicção.

O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Assim, no sistema processual penal brasileiro é adotado o sistema da livre convicção (livre persuasão ou livre convencimento motivado). Tecendo comentários sobre o tema Lopes Jr. (2022a) explica que, nesse sistema, todas as provas são relativas,

ou seja, não são dotadas de regras de valoração, sendo que nenhuma delas possui maior valor que as outras.

Conforme explica Capez (2022, p. 157), “o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios”.

Contudo, essa liberdade do magistrado não é absoluta. Nesse contexto, Avena (2022) esclarece que, embora possua liberdade para valorar a prova, o juiz deve fundamentar na sentença a sua decisão. Nesse sentido, o julgador deve respeitar o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, que traz como garantia fundamental a motivação das decisões judiciais.

O dever de motivação, segundo Cambi (2011, p. 304), possui duas funções, já que se insere na garantia constitucional da ampla defesa e possibilita a impugnação da decisão judicial por meio de recursos, portanto é um mecanismo de controle ao arbítrio judicial. A segunda função se insere no exercício da cidadania, uma vez que a motivação da decisão judicial se dirige a terceiros estranhos da relação processual, no sentido de que esses terceiros possuem o direito de conhecer as razões que levaram à decisão proferida, controlando, assim, o exercício do poder jurisdicional.

Lado outro, embora seja adotado no processo penal brasileiro o sistema do livre convencimento motivado, nos processos submetidos ao Tribunal do Júri, na segunda fase, no julgamento em plenário, vigora o sistema da íntima convicção.

No sistema da íntima convicção, o julgador, sem limitações legais quanto à valoração das provas, decide de acordo com sua consciência. Dissertando sobre o assunto, Camargo Aranha (2006, p. 80) explica:

[...] o juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção.

Conforme Távora e Alencar (2013), os jurados, na segunda fase do Tribunal do Júri, são livres para decidir, sem limitações legais. Os jurados votam os quesitos formulados de forma sigilosa e não precisam fundamentar suas decisões, cabendo a eles total liberdade.

Criticando esse sistema, Lopes Jr. (2022a) explica que esse imenso poder conferido aos jurados no julgamento em plenário do Tribunal do Júri apresenta um retrocesso, pois permite que se julgue fora da prova dos autos e até mesmo contra as provas colacionadas, podendo gerar injustiças.

Seguindo esse mesmo posicionamento, Rangel (2021) explica que o sistema da íntima convicção adotado no Tribunal do Júri não coaduna com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais que, inclusive, impõe a nulidade de atos emanados do Judiciário sem fundamentação.

Justificando sua posição, Rangel (2021) esclarece que o Tribunal do Júri é uma instituição histórica que foi criada por uma Lei de 18 de julho de 1822 para processar e

julgar delitos de imprensa. A estrutura atual do Tribunal do Júri, com competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, foi criada no período ditatorial de Getúlio Vargas, à luz da Constituição de 1937; dessa feita, o autor esclarece que se faz necessária a filtragem constitucional dessa norma processual penal, em que se percebe a incompatibilidade da íntima convicção e da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais.

3 DO ESPIRITISMO E DA PSICOGRAFIA

Feitas as considerações pertinentes acerca da prova no processo penal, será exposto a seguir, para melhor compreensão do tema, um breve panorama sobre espiritismo e o fenômeno da psicografia.

3.1 DO ESPIRITISMO

Conforme explica Galvão (2011), desde os primórdios da humanidade há relatos de manifestações espíritas, não sendo as manifestações mediúnicas exclusivas da Doutrina Espírita. Contudo, segundo Galvão (2011, p. 27), “o espiritismo, como é conhecido atualmente, surgiu da codificação de perguntas e respostas que deram origem ao primeiro dos cinco livros básicos da Doutrina, *O livro dos Espíritos*, cuja primeira edição é datada de 18 de abril de 1857”.

Galvão (2011) ainda explica que, durante o século XIX na Europa e nos Estados Unidos, as pessoas reuniam-se, com o intuito de entretenimento, para observar o fenômeno denominado “dança das mesas”, em que era possível observar movimentos das mesas como pancadas e suspensão em pleno ar.

Denizard Hippolyte-Léon Rivail, que posteriormente ficou conhecido como Allan Kardec, seu pseudônimo, passou a observar esse fenômeno, concluindo que as mesas eram instrumentos utilizados pelos espíritos. A partir disso, foram realizados estudos de observação e questionamentos, e as respostas enviadas pelos espíritos através de médiuns restaram compiladas nas seguintes obras espíritas: *O Livro dos Espíritos*, *O livro dos Médiuns*, *O Evangelho segundo o Espiritismo*, *O céu e o Inferno* e *A Gênese* (GALVÃO, 2011).

Segundo esclarece Arribas (2008), o espiritismo possui uma natureza complexa, uma vez que há uma construção lógica e coerente de sua doutrina, havendo definição de seu caráter no campo científico, filosófico e religioso.

Arribas (2008, p. 35) ainda expõe que o espiritismo, à época, trouxe diversas polêmicas, uma vez definido como ciência “questionava a capacidade da ciência que lidava apenas com os aspectos materiais dos objetos e construía limites entre ela e o espiritismo”.

Definindo o caráter científico do espiritismo, Kardec (2013a, p. 250) explica que os fatos mediúnicos foram investigados, pelo método experimental, conforme infere-se do livro “Obras Póstumas”:

Apliquei a essa nova ciência, como tinha feito até então, o método da experimentação. Jamais criei teorias

preconcebidas. Observava atentamente, comparava, deduzia as consequências, a partir dos efeitos procurava chegar às causas, pela dedução e pelo encadeamento lógico dos fatos, só admitindo uma explicação como válida, quando podia resolver todas as dificuldades da questão.

Conceituando espiritismo, Paiva e Rodrigues (2018, p. 149) definem como uma “junção de ciência, doutrina, filosofia, religião e crença que promove o estudo acerca da origem, da missão e do destino de cada ser humano após a morte, com base na sua evolução e relação com os demais”.

Jajah e Nunes (2012) explicam que o espiritismo possui um caráter predominantemente científico, embora possua aspectos religiosos e filosóficos. Os autores ainda classificam o espiritismo como uma ciência *sui generis*, já que seus estudos se pautam no elemento espiritual.

3.2 DA PSICOGRAFIA

A psicografia é uma expressão mediúnica em que o espírito, por intermédio de uma pessoa com aptidão para tanto (médium psicógrafo), transmite uma mensagem por meio da escrita (GALVÃO, 2011).

Segundo explica Melo (2012b, p. 217) a palavra psicografia é originária

[...] do grego *psyché*, que significa mente ou alma; assim a psicografia é a escrita, a transcrição que se encerra na mente e insere-se como fenômeno natural, conhecido por mediunidade, que, desde o início dos tempos, faz parte da história da humanidade, não sendo privilégio, tampouco invenção de nenhuma crença ou religião.

A psicografia é um fenômeno de comunicação com os espíritos, sendo importante destacar que a mediunidade, embora não seja exclusiva do Dogma Espírita, foi um conceito criado por Allan Kardec, que realizou estudos sobre esse evento que sempre ocorreu ao longo da história (MELO, 2012b).

Segundo explica Almeida (2021), nos estudos realizados por Kardec o método de análise do fenômeno foi denominado como “controle universal do ensino dos espíritos” ou método kardequiano.

Ao analisar o evento, Kardec (2013b, p. 128) discorre que se trata de um fenômeno científico:

Essas manifestações, sendo averiguadas, conduzem à prova irrecusável da existência da alma, de sua sobrevivência ao corpo, de sua individualidade depois da morte, isto é, de sua vida futura; por isso ele é a negação das doutrinas materialista, não tanto por meio de raciocínios, mas principalmente por fatos.

A fim de entender o conceito de psicografia, é importante entender o significado de médium. Kardec (2012, p. 177) explica que se trata de “toda pessoa que sente a influência de Espíritos, em qualquer grau de intensidade”. Contudo, conforme explica Melo (2012b), é importante destacar que o médium e a religião espírita não se confundem. Independentemente de qualquer religião, o médium é uma pessoa sensível, enquanto o espírita é aquele que professa a fé na Doutrina Espírita.

Dentre os médiuns psicógrafos, com o intuito de melhor compreender o tema, principalmente à luz da grafoscopia, faz-se necessário conceituar três tipos: médium semimecânico, médium mecânico e médium intuitivo.

Melo (2012b) afirma que o médium mecânico não possui consciência do que se escreve, uma vez que o espírito comunicante possui independência e ele atua diretamente sobre a mão do indivíduo. Já o médium intuitivo, à medida que recebe a mensagem passada pelo espírito, escreve no papel possuindo, portanto, consciência da mensagem recebida, atuando o espírito sobre o pensamento do médium. Por fim, o médium semimecânico é uma junção dos dois, uma vez que, ao mesmo tempo em que o espírito atua sobre sua mão, possuindo, portanto, movimento involuntário, esse médium possui consciência da mensagem que foi passada à medida que a escreve.

Por fim, Melo (2012b) ainda destaca que apenas os médiuns semimecânicos e mecânicos podem possuir a mesma caligrafia ou assinatura do espírito, uma vez que o movimento realizado por suas mãos é dirigido pelo espírito, sendo, dessa forma, involuntário.

3.3 A PSICOGRAFIA À LUZ DA GRAFOSCOPIA

No presente tópico, será apresentado o conceito de grafoscopia e analisada a possibilidade da utilização de exame pericial em cartas psicografadas, considerando as peculiaridades dos médiuns que transcrevem a mensagem enviada pelo espírito.

Conforme definem Távora e Alencar (2013, p. 422), “o exame caligráfico ou grafotécnico se presta a identificar a autoria de determinado documento, reconhecendo o responsável pelo escrito, o que se faz por comparação de letras”.

Segundo o art. 232 do Código de Processo Penal, consideram-se “documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (BRASIL, 1941). Dessa forma, por se tratar de um escrito, conforme explica Melo (2012b), a carta psicografada, quando apresentada no processo penal, será considerada como prova documental, devendo-se submeter às regras desse tipo de prova.

Contudo, como bem esclarece Galvão (2011), a utilização do exame grafotécnico com o intuito de auferir se a caligrafia da carta psicografada coincide com aquela do falecido, somente poderá ser utilizada nas hipóteses em que a mensagem foi escrita por médiuns semimecânicos ou mecânicos.

Isso porque somente esses médiuns podem apresentar semelhança de caligrafia com o falecido, pois, conforme já explicado anteriormente, não possuem voluntariedade no movimento das mãos ao escrever a mensagem, já que o movimento é dirigido pelo espírito.

Contudo, embora não seja possível submeter todas as cartas psicografadas ao exame grafotécnico, Melo (2012b, p. 223) discorre:

Desse modo, a verificação do conteúdo da mensagem deverá ser feita analisando os detalhes e pormenores narrados na carta, onde se observa que determinados detalhes só poderiam ter sido narrados pela pessoa que vivenciou os fatos, no caso o espírito, sendo utilizada, desse modo, como mais um meio de prova no conjunto probatório do processo.

Como bem assevera a autora, embora não seja possível atestar a autenticidade por meio do exame grafotécnico nas cartas psicografadas por médiuns intuitivos, é possível atestar sua autenticidade diante de outros elementos colacionados aos processos, bem como através de testemunhas que comprovem o narrado na mensagem.

4 ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DO USO DE CARTAS PSICOGRAFADAS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Considerando-se o exposto nos itens anteriores, verifica-se que a prova é um elemento imprescindível na dinâmica processual penal, sendo que, por meio dela, se busca comprovar a existência e veracidade de um fato, bem como convencer o julgador.

O processo penal, por sua vez, é regido pelo princípio da busca da verdade real. Conforme explica Avena (2022, p. 13), esse princípio defende a ideia de que

[...] devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.

Contudo, é evidente que a verdade absoluta sobre um determinado fato criminoso nem sempre será alcançada. Sendo assim, através da instrução probatória, buscar-se-á a verdade mais próxima possível do fato.

Embora existam casos no Brasil em que a psicografia foi aceita como um meio de prova, há uma divergência doutrinária sobre o tema conforme será exposto a seguir. De um lado, há o posicionamento que a psicografia é uma prova documental, sendo, portanto, uma prova legítima. De outro, há o posicionamento de que a aceitação da carta psicografada como meio de prova afronta princípios processuais penais.

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LVI, dispõe que “ninguém será privado da liberdade [...] sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Dessa forma, conforme explica Lopes Jr. (2022b), a partir da consagração desse princípio na Carta Magna, o processo penal não pode servir apenas como um instrumento do Estado para o exercício de seu poder punitivo, mas sim como um meio para legitimamente atingir-se a pena, respeitando as regras e garantias constitucionais do indivíduo.

Conforme explica Rangel (2021, p. 40), “a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei”.

Complementando o exposto, Moraes (2022) disserta que o devido processo legal atua tanto no âmbito material, ao proteger o direito de liberdade do indivíduo, como no âmbito formal, uma vez que, diante de diversas garantias legais, como direito à defesa técnica, direito de ampla produção de prova, de recursos, entre outros, equipara o indivíduo em condições de defesa ao Estado no exercício na persecução penal.

Rangel (2021, p. 41) ainda destaca que “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele”. Assim, as provas produzidas em afronta às normas constitucionais ou legais são vedadas, conforme já exposto, com fundamento no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República e do art. 157 do Código de Processo Penal.

Um dos argumentos apontados sobre a ilicitude da carta psicografada como meio de prova no Tribunal do Júri e no processo penal, de modo geral, seria a ofensa ao Estado Laico, garantia prevista na Constituição da República, em seu art. 5º, incisos VI, VII e VIII.

Essa garantia constitucional de liberdade religiosa afasta a interferência estatal sobre assuntos religiosos, não havendo, portanto, uma religião oficial, bem como promove a liberdade de crenças e cultos religiosos, bem como o direito de não acreditar ou professar qualquer fé (MORAES, 2022).

Nesse sentido, tecendo comentários acerca da carta psicografada como meio de prova no processo penal, Nucci (2021, p. 368) defende:

A psicografia é um fenômeno particular da religião espírita kardecista, significando a transmissão de mensagens escritas, ditadas por espíritos, aos seres humanos, denominados médiuns. Cuida-se, por evidente, de um desdobramento natural da fé e da crença daqueles que exercem as funções de médiuns, como também dos que acolhem tais mensagens como verdadeiras e se sentem em plena comunicação com o mundo dos desencarnados. Não temos dúvida em afirmar tratar-se de direito humano fundamental o respeito a essa crença e a tal atividade [...]. Entretanto, ingressamos no campo do Direito, que possui regras próprias e técnicas, buscando viabilizar o correto funcionamento do Estado Democrático de Direito laico.

Contudo, embora defenda a psicografia como elemento meramente religioso, há autores que afirmam que não se pode olvidar do caráter científico desse fenômeno.

Conforme explica Melo (2012b, p. 224), a psicografia não é exclusiva da doutrina espírita; trata-se de um fenômeno que é “estudado pela ciência espírita exatamente como faz a ciência positiva”, possuindo argumentos racionais, como exame pericial. Sendo assim, a psicografia não seria pautada apenas em dogmas religiosos, mas sim em parâmetros da ciência.

Complementando o exposto, Rubin (2012) afirma que o caráter científico da psicografia se baseia nos indícios de fidedignidade, bem como na possibilidade de utilização da grafoscopia, na hipótese de mensagens colhidas por médiuns semimecânicos ou mecânicos.

Contudo, na hipótese da mensagem colhidas por médiuns intuitivos, não será possível verificar a letra ou assinatura do emissor da mensagem, sendo verificada através de detalhes que “só poderia ter sido narrados pela pessoa que vivenciou os fatos, no caso o espírito, sendo utilizada, deste modo, como mais um meio de prova no conjunto probatório do processo” (MELO, 2012b, p. 223).

Outro argumento apontado para fundamentar a impossibilidade do uso da psicografia como prova no processo penal seria que sua aceitação afrontaria o princípio do contraditório.

O contraditório é previsto no texto constitucional, no art. 5º, inciso LV, *in verbis*, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Dissertando sobre o referido princípio, Távora e Alencar (2013) explicam que abrange a garantia de autor e réu influenciarem nos atos processuais e diferentemente do que ocorre no processo civil, no âmbito processual penal, no que se refere ao acusado, não basta garantir-lhe o direito de informação e reação, ou seja, garantir o contraditório no seu aspecto formal.

Távora e Alencar (2013) ainda aduzem que se deve assegurar o seu exercício no aspecto material, devendo o acusado possuir defensor que exerça manifestação fundamentada nos termos do art. 261 do Código de Processo Penal, sendo-lhe garantida, no Tribunal do Júri, a nomeação de novo defensor pelo Juiz Presidente na hipótese de se considerar o réu indefeso (art. 497, inciso V, CPP).

Segundo Hamilton (2008), a psicografia não se submeteria ao contraditório, uma vez que, admitida como prova, não é possível influir na sua produção, tão pouco submeter o médium a questionamentos de seu conteúdo, já que ele não seria o autor intelectual da mensagem.

Divergindo desse argumento, Galvão (2011) explica que, embora não seja possível influir no momento da produção da prova psicografada, não há de se falar em ofensa ao contraditório. Isso porque o contraditório poderá ser exercido de maneira diferida, situação permitida, por exemplo, nas provas produzidas por interceptação telefônica.

Galvão (2011) afirma que o contraditório poderá ser exercido ao intimar o médium para prestar as informações necessárias, além da possibilidade de realização de perícia grafotécnica. O autor ainda disserta que a prova psicografada será analisada junto às demais provas produzidas no processo, não sendo ela, por si só, garantia de condenação ou absolvição do réu.

Noutro norte, há que se destacar que, segundo disposto explicitamente na Carta Magna, o procedimento do Júri é norteado pelos seguintes princípios: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Para fins de argumentação sobre o uso da psicografia, será analisada a plenitude de defesa.

Conforme explica Nucci (2022), no processo criminal a ampla defesa possibilita ao acusado se defender de forma técnica para formar a convicção do magistrado, equilibrando a demanda entre órgão acusador e defesa eficiente. Contudo, no Júri a decisão não é pautada em termos técnicos. Esta é tomada pela íntima convicção dos jurados, que conforme explicado anteriormente, não fundamentam suas decisões. Dessa forma, considerando que prevalece a oralidade e a concentração de produção de provas em plenário, o legislador privilegiou a defesa para que ela atue de modo completo.

Assim, de forma mais abrangente que a ampla defesa, a plenitude de defesa não se restringe à atuação técnica da defesa, que poderá utilizar de outros meios, como por exemplo, razões de ordem social, emocional, extrajurídica, entre outros (CAPEZ, 2022).

Nesse sentido, fazendo uma crítica ao uso da psicografia no Tribunal do Júri, Acero (*apud* HAMILTON, 2008, p. 141) diz que:

Averbe-se que, no caso de crime de competência do Tribunal do Júri, a valoração do documento psicografado torna-se especialmente delicada, partindo do fato de que o veredicto não é fundamentado. [...] No Júri, ao contrário, o sistema esposado é o da íntima convicção dos jurados, tornando lotérica a decisão que viesse a acolher como prova o documento psicografado. Bastaria que o Conselho de Sentença se visse composto, em sua maioria, por adeptos do espiritismo ou por pessoas influenciáveis por tais fenômenos para que a prova obtida por meio de psicografia ganhasse relevo incomensurável em relação às demais, mesmo quando estas a desmentissem totalmente.

Todavia, contrapondo-se a esse argumento, Paiva e Rodrigues (2018) afirmam que, exatamente em razão da plenitude de defesa, doutrinadores favoráveis ao uso da psicografia como meio de prova afirmam que seria admissível sua utilização no Tribunal do Júri, na hipótese em que seu uso auxiliasse o réu de qualquer forma, em virtude dessa garantia prevista constitucionalmente. As autoras ainda esclarecem que o ordenamento jurídico não proíbe, de forma expressa, a utilização da carta psicografada no processo, uma vez utilizado o sistema exemplificativo de provas, diante do princípio da busca da verdade conforme já exposto.

Feitas considerações acerca do uso da carta psicografada como meio de prova, será apresentado no item a seguir casos concretos em que a psicografia foi admitida no Tribunal do Júri.

5 CASOS CONCRETOS

Embora exista uma divergência doutrinária quanto à aceitação da carta psicografada como meio de prova no processo penal, serão apresentados a seguir três casos em que a psicografia foi utilizada no âmbito do Júri: Caso Maurício, Caso Ercy e Caso Boate Kiss.

5.1 CASO MAURÍCIO

No dia 08 de maio de 1976, na cidade de Goiânia, no Estado de Goiás, o acusado José Divino Nunes e a vítima Maurício Garcez Henrique estavam na casa do autor quando a vítima, ao encontrar uma arma de fogo na maleta do genitor de José e pensando ter retirado todas as munições do artefato, iniciou uma brincadeira conhecida como “roleta russa”, ocasião em que, ao passar a arma para José, ele acionou o gatilho, atingindo um disparo em Maurício, que faleceu (ALMEIDA, 2021).

Embora se trate, em tese, de um acidente, as provas colacionadas aos autos não indicavam de forma suficiente que o homicídio havia ocorrido de forma culposa, sendo José Divino denunciado nas iras do art. 121 do Código Penal, por homicídio doloso (GALVÃO, 2011).

Dois anos após os fatos, os pais de Maurício receberam uma carta ditada pelo espírito da vítima ao médium Chico Xavier, inocentando seu amigo José Divino, além de consolar seus familiares (NATUSCH, 2020).

Melo (2012a, p. 137) colaciona um trecho da mensagem psicografada, em que Maurício inocenta o amigo:

Peço-lhes não recordar a minha volta para cá, criando pensamentos tristes. O José Divino e nem ninguém teve culpa em meu caso. Brincávamos a respeito da possibilidade de se ferir alguém, pela imagem no espelho; sem que o momento fosse para qualquer movimento meu, o tiro me alcançou, sem que a culpa fosse do amigo, ou minha mesmo. O resultado foi aquele.

Na primeira fase do rito do procedimento do Júri, o magistrado considerou improcedente a denúncia e absolveu José Divino, contudo o Ministério Público recorreu da decisão. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás pronunciou o acusado, desconsiderando a carta psicografada apresentada sob o argumento de que ela não teria sido produzida no processo, sob o crivo do contraditório (GALVÃO, 2011).

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, José Divino foi absolvido com seis votos a favor. Embora o Promotor de Justiça não tenha recorrido, a Procuradoria de Justiça do Estado de Goiás designou outro representante do *Parquet*, que ofereceu recurso de apelação, contudo o Tribunal manteve a absolvição do acusado (MELO, 2012a).

Esse caso ganhou holofotes na imprensa nacional, uma vez que foi a primeira vez que a carta psicografada foi utilizada como prova judicial.

5.2 CASO ERCY

Em julho de 2003, na cidade de Viamão, no estado de Rio Grande do Sul, o cartorário Ercy da Silva Cardoso, que contava com setenta e um anos à época dos fatos, foi morto com dois disparos de arma de fogo que atingiram sua cabeça (ALMEIDA, 2021).

Iara Marques Barcelos, amante da vítima, e Leandro Rocha Almeida, caseiro da vítima, foram acusados pela prática do crime, sendo denunciados pelo Ministério Público, pronunciados e levados a julgamento perante o Tribunal do Júri (MELO, 2012a).

Dois anos após os fatos, em 2005, a vítima enviou uma mensagem através do médium Jorge José Santa Maria, inocentando Iara, conforme infere-se do trecho a seguir, colacionado na obra de Almeida (2021, p. 120-121): “[...] o que me pesa no coração é ver Iara acusada deste jeito, por mentes ardilosas como a dos meus algozes. Por isso tenho estado triste e oro diariamente em favor da nossa amiga para que a verdade prevaleça e a paz retorne aos nossos corações”.

A referida carta foi lida em plenário. O conselho de sentença absolveu Iara com cinco votos a favor. Contudo, houve apelação do Ministério Público, solicitando novo julgamento sobre o argumento de que a carta psicografada seria falsa, sendo que, em 11 de novembro de 2009, o recurso foi negado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Leandro, por sua vez, foi condenado a 15 (quinze) anos de reclusão (FONSECA; DANTAS, 2017).

5.3 CASO BOATE KISS

Aos 27 de janeiro de 2013, na cidade de Santa Maria, no interior do estado do Rio Grande do Sul, ocorria uma festa universitária denominada “Agromerados” no interior da Boate Kiss. Durante a apresentação da banda Gurizada Fandanguera, foi utilizado um instrumento pirotécnico que ocasionou a queima da espuma que revestia o teto do estabelecimento, provocando a liberação de uma fumaça tóxica que matou 242 pessoas e deixou mais de 600 feridos (AGUIAR, 2021).

Nesse contexto, aos 02 de abril de 2013, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia em desfavor dos sócios do estabelecimento Boate Kiss, Elissandro Calegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, do vocalista da banda Gurizada Fandanguera, Marcelo de Jesus dos Santos, e do produtor e auxiliar de palco, Luciano Augusto Bonilha, como incurso nos crimes de homicídio consumado e tentativa de homicídio (MINISTÉRIO..., 2013).

Entre junho de 2013 e agosto de 2014, segundo o portal Luz Espírita (2017), foram recebidas mensagens de oito jovens que faleceram em decorrência da tragédia na Boate Kiss. As mensagens foram psicografadas pelos médiuns Luiz Cláudio Sousa, Carlos Baccelli, Alaor Borges Júnior e Nilton César Stuqui. As referidas cartas psicografadas foram reunidas e publicadas no livro *Nossa Nova Caminhada*, lançado em 27 de novembro de 2014 (DIAS, 2018).

Após quase 9 anos, entre os dias 1º e 10 de dezembro de 2021, os réus foram levados a julgamento perante o Tribunal do Júri. Durante os debates em plenário, a advogada do réu Marcelo de Jesus dos Santos apresentou um áudio da carta psicografada de autoria de Guilherme Gonçalves, um dos 242 jovens que faleceram na tragédia.

O referido trecho foi colacionado em artigo redigido por Silva (2022, s.p.):

Procurem aceitar as determinações divinas. Eu também lamento tudo que me ocorreu, mas só me resta me adaptar

à realidade. [...] Vamos lembrar que os responsáveis não tiveram qualquer intenção quanto a tragédia acontecida. Pensemos no fato como uma fatalidade e hoje já comecemos a entender um pouco em sentido mais profundo do que nos ocorreu do ponto de vista da lei de causa e efeito.

Contudo, mesmo diante da apresentação da carta psicografada em plenário, os réus foram condenados pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença. Entretanto, após apresentação de recurso defensivo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul anulou o Júri (KOPP, 2022).

Os argumentos apresentados para a anulação do julgamento foram: a) a violação do §1º do art. 433 do CPP, que se refere ao sorteio dos jurados; b) a não participação do Ministério Público e da defesa em conversa reservada entre os jurados e o magistrado presidente da sessão do júri, causa de nulidade absoluta do julgamento; c) nulidade da quesitação; e d) violação do tempo mínimo para juntada de provas (art. 479, CPP). Por sua vez, o Ministério Público apresentou recurso que aguarda julgamento, visando reverter a decisão de anulação (KOPP, 2022).

6 CONCLUSÃO

Conforme exposto na presente pesquisa, o processo penal brasileiro é regido pelos princípios da verdade real e da liberdade probatória, em que, com a finalidade de se buscar a verdade mais próxima do fato, admitem-se diversos meios de prova. O Código de Processo Penal apresenta um rol exemplificativo das possíveis provas utilizadas no processo, sendo que, desde que sejam moralmente legítimas e que não ofenda normas constitucionais e penais, poderão ser utilizadas provas que não estão previstas em lei.

É importante, primeiramente, destacar que, no Tribunal do Júri, os jurados que compõem o Conselho de Sentença decidem, sem fundamentar, suas decisões, diante do sistema de valoração das provas da íntima convicção. Concluiu-se com a pesquisa que há argumentos no sentido de que essa forma de valoração de provas afronta o princípio da fundamentação das decisões judiciais e que poderia, inclusive, gerar injustiças, já que os jurados podem valorar a psicografia em contrariedade com os demais elementos de prova colacionados nos autos.

Contudo, embora haja questionamentos pertinentes sobre o sistema da íntima convicção adotado no Tribunal do Júri, a presente pesquisa pretendeu esclarecer se seria lícita a utilização das cartas psicografadas nos processos submetidos ao Tribunal do Júri.

A pesquisa apresentou tanto argumentos favoráveis quanto contrários à utilização da psicografia como meio de prova. A partir dos estudos realizados, concluiu-se que a utilização de cartas psicografadas como meio de prova no Tribunal do Júri é lícita.

Em um primeiro momento há que se destacar que o acusado possui a garantia constitucional da plenitude de defesa. Isso significa que, além de argumentos técnicos garantidos pela ampla defesa, o defensor poderá utilizar de outros argumentos não

técnicos, como aqueles de natureza social, moral, emocional, entre outros. Sob essa ótica, visando garantir a plenitude de defesa é possível admitir a utilização da psicografia como meio de prova, com vistas a garantir a defesa do acusado.

Lado outro, feita análise sob à luz dos princípios da laicidade do Estado e do contraditório, verifica-se que os argumentos desfavoráveis apresentados no presente estudo, que indicam ofensa a essas garantias, não devem prosperar.

Quanto ao argumento da laicidade do Estado, destaca-se que o Espiritismo, embora possua aspectos filosóficos e religiosos, possui caráter predominantemente científico. Ademais, psicografia não se trata de um fenômeno exclusivo da Doutrina Espírita – é um evento que sempre ocorreu na história da humanidade, sendo estudado e sistematizado por Allan Kardec.

Quanto ao princípio do contraditório, concluiu-se que não há ofensas a essa garantia, pois a psicografia, como qualquer outra prova documental, é produzida de forma externa ao processo, submetendo-se ao contraditório de forma diferida, uma vez juntada aos autos. Poderá inclusive ser submetida a incidente de falsidade e a exame pericial (grafoscopia), desde que, nessa última hipótese, a mensagem seja transcrita por um médium mecânico ou semimecânico.

Portanto, a psicografia é uma prova lícita que se enquadra no conceito de documento, sendo possível comprovar sua autenticidade. À luz dos princípios da liberdade probatória, busca da verdade real e, no âmbito do Júri, da plenitude de defesa, não há óbices para que se utilizem as cartas psicografadas como meio de prova.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, L. Relembra o caso da Boate Kiss: depois de 8 anos julgamento dos réus começa. **O Povo**, 01 dez. 2021. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2021/12/01/relembra-o-caso-da-boate-kiss-depois-de-8-anos-julgamento-dos-reus-comeca.html>.

ALMEIDA, B. B. de. **A psicografia como prova no processo penal: o risco de ofensa à paridade de armas**. São Paulo: Pimenta Cultural, 2021.

ARRIBAS, C. da G. **Afinal, espiritismo é religião? A doutrina espírita na formação da diversidade religiosa brasileira**. 226 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2008.

AVENA, N. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BADARÓ, G. H. R. I. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

CAMARGO ARANHA, A. J. Q. T. de. **A prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DIAS, M. Livros com cartas psicografadas por médiuns de Uberaba de vítimas da boate Kiss é divulgado na cidade. **G1 Triângulo Mineiro**, 27 jul. 2018.

FONSECA, K. S.; DANTAS, L. de M. A admissibilidade da carta psicografada como meio de prova no processo penal. **Jus.com.br**, dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/62801/a-admissibilidade-da-carta-psicografada-como-meio-de-prova-no-processo-penal>.

GALVÃO, L. M. **A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri**. São Paulo: Baraúna, 2011.

HAMILTON, S. D. A invocação ao sobrenatural vale como prova. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 41, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16014172.pdf>.

JAJAH, M. M.; NUNES, R. de S. A psicografia como meio de prova. **Perquire – Revista Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão**, Patos de Minas, n. 7, v. 2, p. 58-73. 2012.

KARDEC, A. **O Livro dos Médiuns**. Trad. de Maria Aparecida Becker. 2. ed. São Paulo: Mundo Maior Editora, 2012.

KARDEC, A. **Obras Póstumas**. Trad. de Maria Ângela Baraldi. 2. ed. São Paulo: Mundo Maior Editora, 2013a.

KARDEC, A. **O que é espiritismo**. Trad. da Redação de Reformador. 56. ed. Brasília: FEB, 2013b.

KOPP, D. Boate Kiss: saiba os motivos que levaram à anulação do júri pelo TJRS. **Canal Ciências Criminais**, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/boate-kiss-anulacao-juri-motivos/>.

LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022a.

LOPES JR., A. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b.

MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MELO, M. R. **A psicografia como prova judicial**. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2012a. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/849>.

MELO, M. R. Reflexões acerca da psicografia como prova judicial. **Revista em Tempo**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 209-228, 2012b. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/341/303>.

MINISTÉRIO Público denuncia oito pessoas por incêndio na boate Kiss. **G1 RS**, 02 abr. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/04/ministerio-publico-do-rs-denuncia-envolvidos-no-incendio-na-boate-kiss.html>.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 38. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

NATUSCH, I. Testemunhos do Além. **Super Interessante**, 13 jan. 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/testemunhos-do-alem/>.

NOSSA Nova Caminhada – Livro com psicografias de jovens vítimas da tragédia da Boate Kiss. **Portal Luz Espírita**, 10 jan. 2017. Disponível em: <https://espiritismoemmovimento.blogspot.com/2017/01/nossa-nova-caminhada-livro-com.html>.

NUCCI, G. de S. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, G. de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PAIVA, L. R. de A.; RODRIGUES, V. A. de A. A possibilidade do uso de carta psicografada no plenário do tribunal do júri: uma análise acerca de sua admissibilidade e credibilidade. **Revista Juris Unioledo**, Araçatuba, v. 03, n. 03, p. 147-166, jul./set., 2018.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 29. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021.

RUBIN, F. A psicografia no direito processual penal. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XXIV, n. 584, v. 24, n. 4, jul. 2012, p. 29-35.

SILVA, F. R. da. Da admissibilidade das Cartas Psicografadas como meio de prova no Processo Penal. **JurisWay**, 18 fev. 2022. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=21344.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TREDEZINI, A. de L. M. *et al.* Centro Universitário de Patos de Minas. Pró-reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos-científicos**. 6. ed. Patos de Minas, 2019.

Direito e Literatura: reflexões sobre o Princípio da Presunção de Inocência a partir da comédia grega “As Vespas”, de Aristófanes

*Law and Literature: reflections on the Presumption of Innocence
Principle from the Greek comedy “The Wasps” by Aristophanes*

ANA LAURA DE MELO RIBEIRO
Discente do curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: anauramr@unipam.edu.br

HELEN SOLIS CORREA NEVES
Professora orientadora (UNIPAM)
E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho objetivou estudar a obra grega “As vespas”, de Aristófanes, e seu personagem Filoclêon, para solucionar problemáticas quanto à aplicação fática da Presunção de Inocência no direito brasileiro. No trabalho em questão, foi apresentada a história citada demonstrando a aplicação precária e subjetiva do direito em testilha feita por Filoclêon, bem como demonstrada uma situação real na qual o Princípio da Presunção de Inocência é violentado em face de ações semelhantes às do personagem analisado. Do mesmo modo, foram analisados estudos a respeito da multidisciplinaridade no Direito, chegando à conclusão de que ela possui grande importância quando aplicada razoavelmente, tomando como pontapé inicial o Direito como matéria autônoma. Também se inferiu que a obra “As vespas” pode ser utilizada para análise do direito moderno, especialmente se colocada lado a lado da legislação já consolidada, a fim de que Princípios intrínsecos do Direito brasileiro, como o da Presunção de Inocência, não sofram modificações e violações como a apresentada.

Palavras-chave: Princípios. Inocência. Literatura. Aristófanes. As Vespas. Multidisciplinaridade. Direito.

Abstract: This paper aimed to study the Greek work “The Wasps”, by Aristophanes, and his character Philocleon, to solve problems regarding the practical application of the Presumption of Innocence in Brazilian Law. In the paper, the story was presented, showing the precarious and subjective application of the rights in question by Philocleon, as well as a real situation in which the Presumption of Innocence is violated by actions similar to those of the character analyzed. In the same way, studies on multidisciplinarity in Law were analyzed, reaching the conclusion that it has great importance when applied reasonably, taking Law as an autonomous subject. It was also inferred that the work “The Wasps” can be used for analysis of modern law, especially if placed next to already consolidated legislation, in order that intrinsic Principles of Brazilian Law, such as the Presumption of Innocence, do not suffer modifications and violations such as the one presented.

Keywords: Principles. Innocence. Literature. Aristophanes. The Wasps. Multidisciplinarity. Law.

1 INTRODUÇÃO

Aristófanes (447 a.C. - 385 a.C.), ao escrever a comédia grega “As Vespas”, tinha como objetivo criticar os Tribunais Atenienses e a maneira como funcionavam. Com enfoque nesta literatura grega, observando em especial o personagem Filocleon, seu vício em participar de julgamentos nos tribunais atenienses, suas opiniões e seu modo de julgar os acusados, o presente estudo tem como objetivo fazer uma análise do Princípio da Presunção de Inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal Brasileira à luz da literatura, compreendendo quais ensinamentos obras tão antigas como a citada podem proporcionar aos estudos modernos.

A problemática a ser analisada circula em torno de comportamentos apresentados por parte dos magistrados e tribunais brasileiros que decidem, através de seus próprios juízos de valores, ignorar diretrizes consolidadas no ordenamento jurídico, em especial, aquelas estabelecidas pelo Princípio da Presunção de Inocência.

O presente trabalho utilizou a metodologia indutiva e comparativa com base em obras literárias e bibliográficas, legislação, decisões e material teórico em geral, analisando, especialmente, as doutrinas clássicas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional, tomando como base a obra literária “As Vespas”, de Aristófanes. Foram analisados ainda documentos históricos e notícias jornalísticas que contribuíram para a contextualização do tema.

2 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA GRÉCIA ANTIGA

Aristófanes, ao produzir “As Vespas”, visava satirizar a instituição jurídica estabelecida na antiga Atenas. Não obstante, ao se analisar apenas sua obra, não é possível que se estabeleça um entendimento claro sobre a organização social e política da Antiga Grécia – entendimento este que é indispensável para que se possa aprofundar e compreender as ponderações feitas pelo autor. A fim de proceder com o estudo da estrutura organizacional da Grécia Antiga, é necessário observar dois períodos diferentes, que melhor sumarizam a evolução do povo grego: a Época Arcaica e a Época Clássica.

Sobre tais períodos, explica Rocha (2015, p. 110):

A História Grega divide-se em duas épocas – Arcaica e Clássica – bastante distintas conforme o desenvolvimento desse povo se aproxima mais da Filosofia e conforme a vida mais se concentra em torno da polis. Com a morte de Péricles em 429 a.C., encerra-se uma época, a Arcaica, e começa outra, a Clássica.

Iniciando-se pela Época Arcaica, é possível notar uma civilização predominantemente dominada pela religião, pelos mitos e pelos deuses. Cada grupo familiar se identificava com uma entidade em especial, criando desse modo uma identidade única. A crença comum era a de que todos os acontecimentos, naturais,

sentimentais e até mesmo as relações interpessoais, eram regidos por deuses, desse modo, tudo ocorria por vontade de uma providência divina (GRIVOT *et al.*, 2017, p. 31). Sem a presença da escrita e uma sociedade regida pela mitologia, a única tutela possível era aquela baseada pelos costumes, transmitida estritamente pela oralidade (ROCHA, 2015, p. 111).

A solução criada por essa sociedade em caso de conflito demonstrava ser a autotutela, devido à independência dos grupos familiares e devido a uma organização heterogênea entre os círculos sociais existentes. Esse modo de “justiça com as próprias mãos” era o único possível.

Na época arcaica não se pode falar propriamente de um Direito, seja porque a orientação da vida está completamente impregnada de mitologia, servindo esta de base para a solução de conflitos, seja porque ainda não existe qualquer código escrito a se impor ao cotidiano dos indivíduos. Apesar dos gregos não serem dos povos mais agressivos e vingativos, talvez com exceção de Esparta, obviamente que as questões pessoais mais sérias eram resolvidas pela espada e a vingança era certa, a menos que as famílias envolvidas se autocompusessem. Este tipo de autocomposição, que podia levar ao desterro e pagamento de multa, envolvia muitas vezes protetores especiais, ou por via dos deuses ou semideuses, que assim se fundiam e aproximavam mais os indivíduos em torno da defesa coletiva da pólis (ROCHA, 2015, p. 111).

Nem todos os crimes suportavam uma autotutela; por essa razão os aristocratas gregos mais antigos criaram uma das primeiras organizações jurídicas gregas: o Tribunal de Areópago, no qual eram julgados oralmente os casos mais importantes à sociedade. O Tribunal de Areópago já demonstrava inovação: os conflitos que eram solucionados de maneira privada passaram a ser julgados por terceiros imparciais (ROCHA, 2015, p. 112).

É possível notar um início da politização e evolução dessa sociedade para uma nova era: a Época Clássica. A partir do século V a. C., com a escrita e a moeda, a Grécia passou a sofrer inúmeras revoluções que alteraram completamente sua organização social; algumas dessas revoluções marcam, inclusive, o início da filosofia grega e da democracia ateniense. Como a invenção da escrita, teve início a codificação do Direito Grego. Os novos legisladores gregos – poder que antes era exercido por aristocratas –, passaram a ter uma ferramenta para fixar as diretrizes legais a serem seguidas, sem que houvesse a oportunidade de que fossem alteradas à mercê daqueles que as criaram (ROCHA, 2015, p. 113).

A codificação significou um duro golpe na aristocracia grega. Sem a presença do direito consuetudinário e com as legislações estampadas nos muros das cidades, tornava-se cada vez mais difícil para os antigos detentores do poder continuarem a aplicar a justiça de maneira parcial, como era feito anteriormente (ROCHA, 2015, p. 114).

Com o enfraquecimento da aristocracia grega, conseqüentemente do Tribunal de Areópago, e com o aumento dos conflitos devido ao aumento das cidades-estado, ficava claro na sociedade grega que o sistema jurídico implantado já não era mais suficiente. É nesse momento da história grega que surge a organização mais importante ao estudo da obra de Aristófanes: o Tribunal de Heliastes. Sobre o surgimento desse novo órgão julgador, explica Rocha (2015, p. 117):

Finalmente, no sexto século antes de Cristo, o período clássico fez aparecer uma das mais importantes iniciativas jurídicas da Antiguidade Ocidental, a instalação do Heliastes, o tribunal popular grego. Composto pelos heliastas, os membros do Heliastes eram sorteados anualmente dentre os atenienses, e dentre estes eram escolhidos os dikastas, os cidadãos que comporiam o júri, parecido com os membros da sociedade que modernamente compõem nossos tribunais, com a grande diferença que os membros do júri podiam chegar a algumas centenas, sempre em número ímpar para evitar empate. A decisão final do julgamento era dada por votação secreta, refletindo a vontade da maioria. Não havia Juiz: um magistrado presidia o julgamento, mas não interferia no processo.

O Tribunal de Heliastes implantado na Grécia e citado por Aristófanes em “As Vespas” se assemelha em vários pontos com a instituição moderna do Tribunal do Júri – como já apontado existiam inúmeros jurados, não apenas um juiz, vindos da população comum ateniense, que se encarregavam de julgar os litígios apresentados pela sociedade. O Tribunal de Heliastes foi para a Grécia Antiga uma das maiores comprovações da democracia grega. Superando o controle elitista do Tribunal de Areópago, a Grécia criou um sistema moderno que é utilizado até nos dias atuais.

Apesar de sua grandiosidade do Tribunal de Heliastes, não é possível que exista uma organização jurídica perfeita, ainda mais quando se analisa uma instituição criada há milhares de anos. Aristófanes compreendia as falhas e corrupções do sistema grego implantado e, por meio de sua escrita, criou “As Vespas”, para apresentar suas preocupações com esses problemas. Entendendo, desse modo, como a Antiga Grécia se organizava, é possível passar a análise de seus vícios por meio da obra “As Vespas”.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO QUANTO À OBRA “AS VESPAS”

Tendo compreendido o Direito Grego e a realidade na qual a obra literária em tela foi produzida, é possível fazer a análise proposta. Inicialmente cumpre relatar a narrativa construída por Aristófanes, resumidamente, para, logo após, adentrar e concentrar em situações pontuais da comédia, que serão de extrema importância para o estudo do Princípio da Presunção de Inocência mais à frente. Para isso, foi utilizada a tradução da obra feita por Mario da Gama Cury (1995).

Em síntese, “As Vespas” traz a história de Filoclêon, um ateniense que era um devoto participante dos tribunais atenienses. Sua paixão pelos julgamentos era tanta que beirava uma patologia e, devido a isto, seu filho, Bdeliclêon, preocupado com a saúde de seu pai e desencantado com o sistema jurídico, opta por prendê-lo em sua casa, impedindo-o de participar de tais atividades. A história acompanha inúmeros embates entre o pai e o filho envolvendo discussões sobre o ordenamento jurídico no qual eles estavam inseridos. Para Filoclêon, deveria ser permitido a ele participar dos tribunais porque existiria glória e honra em servir como magistrado; para Bdeliclêon, seu pai não teria importância alguma dentro daquele sistema, sendo apenas um instrumento de seu governo, que utilizava os tribunais atenienses como desvio de suas próprias obrigações.

Entre inúmeras tentativas de se libertar da prisão instaurada pelo próprio filho, Filoclêon chega até a receber apoio de seus companheiros que atuam como juízes ao seu lado. Vestidos de vespas, fazendo alusão ao nome da obra, seus comparsas vão até a sua casa apoiá-lo e tentar convencer Bdeliclêon de libertá-lo, porém terminam malsucedidos. Após muito debate, Bdeliclêon encontra uma solução para as desavenças entre ele e seu pai: Filoclêon não poderia mais participar dos tribunais atenienses, mas poderia criar seus próprios julgamentos em casa, afinal, existiriam litígios suficientes dentro daquele ambiente para ele solucionar.

O primeiro julgamento domiciliar a ser feito por ele seria o de seu cachorro Labes, que supostamente teria furtado um queijo de sua dispensa. Durante as colocações de seu pai, Bdeliclêon percebe uma certa injustiça no modo como ele conduzia o julgamento; diante disso ele se coloca como defensor do acusado. A partir da defesa apresentada por seu filho, Filoclêon se vê inclinado a julgar a favor da absolvição de seu cachorro, algo que nunca havia acontecido antes. Nesse ponto, é possível notar que o juiz nunca havia de fato absolvido nenhum de seus acusados e que se posicionava, na maioria das vezes, a favor da condenação e da crença de que todo e qualquer réu seria culpado.

Devido a essa absolvição inovadora, Filoclêon começa a ser reeducado por Bdeliclêon à luz de suas crenças, passando a acompanhá-lo em seus eventos sociais. O resultado, no entanto, é desastroso, pois a comédia se finaliza com a cena de um jantar, para a qual Bdeliclêon leva seu pai, mas este se embriaga e insulta a todos presentes, demonstrando-se incapaz de seguir as convicções de seu filho.

Para a análise que se pretende fazer neste presente estudo, deve-se observar com mais cautela uma cena em especial da obra: o julgamento do cachorro Labes.

Como apontado anteriormente, Bdeliclêon, em uma tentativa de curar a patologia de seu pai, permite que ele julgue conflitos que ocorrem dentro de sua própria residência, trazendo à tona o furto de um queijo cometido pelo cachorro Labes

Após notarem a existência de um suposto delito, Bdeliclêon e os escravos iniciam a organização do “tribunal”, determinando quem seria o promotor para apresentar a Filoclêon a acusação. Enquanto ocorre essa preparação, Filoclêon dispara

FILOCLÊON

Apresente logo a acusação, enquanto eu vejo a pena a ser aplicada. (ARISTÓFANES, 1995, p. 45).

Como pode ser observado, desde o princípio, antes mesmo de serem expostos os fatos ocorridos, Filoclêon já planejava a condenação do acusado, prevendo, inclusive, qual pena seria aplicada. Com o início da apresentação da acusação, feita pelo escravo Xantias, Filoclêon, novamente, ataca os acusados, antes mesmo da apresentação de suas defesas:

XANTIAS

Como se fosse o promotor.

Ouçam agora a acusação: “O cachorro da vila de Cidatenéia acusa Labes, da vila de Aixone, de haver contra toda a justiça devorado sozinho um queijo da Sicília”. Que sua pena seja a de usar uma coleira bem apertada!

FILOCLÊON

Ou então uma morte de cão, se ele for condenado.

BDELICLÊON

Aqui está Labes, o outro acusado.

FILOCLÊON

Ah! Bandido! Ele tem mesmo a pinta de um ladrão, e se orgulha de me tapear, rangendo os dentes. Onde está o queixoso, o cachorro de Cidatenéia? (ARISTÓFANES, 1995, p. 47).

O rancor de Filoclêon e seu furor direcionado ao acusado despertam em Bdeliclêon uma indignação: o filho não se conforma com o ódio constante demonstrado pelo pai. O filho crê em Labes e o considera um bom cão caçador; não havia, para ele, motivos para Filoclêon ser tão inclinado à sua condenação. Por esse motivo, o filho assume o papel da defesa, apontando as qualidades e os motivos pelos quais o cão merecia a absolvição:

BDELICLÊON

Dirigindo-se ao CACHORRO acusador.

Então você será sempre tão severo e intratável para com o acusado? Por que esta ferocidade?

FILOCLÊON

Dirigindo-se ao acusado.

Suba à tribuna e defenda-se! Por que este silêncio? Fale! SOSIAS Com certeza ele nada tem a dizer.

BDELICLÊON

Você se engana; acontece com ele o que aconteceu há muito tempo com Tucídides quando acusou Péricles; a surpresa da acusação paralisou completamente as mandíbulas de Péricles. Afaste-se; vou assumir a sua defesa. É uma tarefa difícil, senhores juízes, defender um cachorro que é alvo de acusações extremamente odiosas, porém de qualquer maneira falarei. Este cachorro é valente e caça lobos (ARISTÓFANES, 1995, p. 50).

Devido à defesa apresentada por Bdeliclêon, Filoclêon se enche de compaixão pelo acusado; pela primeira vez em sua atuação como juiz ele se viu inclinado a absolver alguém. Após as apresentações das partes, os votos foram realizados; por fim, o cão Labes é absolvido de todas as acusações feitas e Filoclêon não hesita em demonstrar seu descontentamento (ARISTÓFANES, 1995, p. 53):

FILOCLÊON

Espere; vou derramar os votos. Vamos ver o resultado.

BDELICLÊON

Você vai ver. Labes foi absolvido! Vendo que o pai estava indisposto. Meu pai! Meu pai! Que é que você está sentindo?

FILOCLÊON

Ai! Deuses! Água! Depressa!

Aparece um escravo trazendo água para FILOCLÊON.

BDELICLÊON

Volte a si, pai!

FILOCLÊON

Me diga: ele foi mesmo absolvido?

BDELICLÊON

Foi sim, por Zeus!

FILOCLÊON

Estou... perdido!

Esse comportamento de Filoclêon se repete inúmeras vezes durante a peça. As ameaças reiteradas aos acusados servem para apontar a importância do Princípio da Presunção de Inocência e a dura realidade daqueles que não o possuem como escudo.

4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

4.1 PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Robert Alexy (2014, p. 81), ao criar sua Teoria dos Princípios, o fez visando a uma possibilidade de compreensão ainda mais ampla do ordenamento jurídico, acreditando que a separação entre regras e princípios seria essencial, especialmente, para delimitar os limites, a importância e a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais. Tendo, desse modo, como objeto de estudo o Princípio da Presunção de Inocência, que se encontra no ordenamento jurídico atual como um direito fundamental, é imperioso compreender sua qualidade de Princípio e sua distinção das regras.

Em sua concepção, tanto os princípios quanto as regras são subespécies de normas, porque, apesar de irradiarem forças diferentes, ainda são, ambos, ditadores de comandos de comportamentos, estabelecendo condutas permitidas e/ou proibidas. Sobre isso, explica Amorim (2005, p. 125):

Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o funtor de ordem,

permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Partindo dessa observação inicial, Alexy (2014, p. 86) estabeleceu que a principal distinção entre esses dois tipos de norma se dá através do modo como a medida pode ser cumprida. Tem-se em sua teoria que os princípios são mandados ou comandos de otimização, ou seja, são todas as normas que estabelecem um direito que deve ser cumprido na maior amplitude possível, em diferentes graus, observando-se não apenas as possibilidades reais, mas também as possibilidades jurídicas. As regras, no entanto, representam normas rígidas, que podem ser cumpridas dentro de suas limitações, ou é ou não é. Assim, Alexy (2014, p. 86) demonstra que a distinção não se dá apenas no grau de aplicação, baseando-se na generalidade dos princípios, como muito se diz, mas também, e essencialmente, na qualidade ou na estrutura dos comandos normativos.

Ávila (2021, p. 71-72) critica a ideia de “tudo ou nada” estabelecida por Alexy (2014), defendendo que existe também nas regras uma ponderação de interesses. Desse modo Ávila (2021, p. 74) defende que os princípios são aqueles que não estabelecem espécies precisas de comportamento, mas sim apontam uma prescrição que descreve uma situação pretendida, algo que deve ser de certa forma, não estabelecendo, entretanto, uma ação específica para cumprir com o pretendido.

As regras, por outro lado, apesar de não serem uma determinação rígida, admitindo a ponderação, descrevem o comportamento em si, as ações que seriam permitidas, proibidas ou obrigatórias (ÁVILA, 2021, p. 108).

Tem-se desse modo que ambos acreditam na força normativa dos princípios e das regras, alterando-se somente no modo de diferenciar ambos, acreditando Alexy na separação qualitativa e Ávila na separação quanto ao comportamento estabelecido na norma.

Pode-se observar que o Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade, através dos postulados estabelecidos pelos autores, é uma prescrição normativa que estabelece um direito a ser cumprido na maior amplitude possível e que estabelece uma situação ideal pretendida.

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para que seja possível fazer análises e suscitar discussões acerca do Princípio da Presunção de Inocência, é necessário, inicialmente, compreender sua evolução histórica, de onde surgiu, a partir de quais acontecimentos e como ele se apresenta atualmente.

A fim de que seja feita essa compreensão, é necessário lembrar um pouco sobre o processo criminal que regia a sociedade quando do surgimento da ideia da presunção de inocência: o Sistema Inquisitório. Marcado pela intervenção da Igreja Católica, o direito e o processo no século XVIII eram controlados, em sua integralidade, por uma única autoridade que atuava como acusadora, defensora e investigadora ao mesmo tempo. Esse sistema que não contava sequer com a presença do contraditório e da ampla defesa não abria possibilidade alguma à aplicação de direitos fundamentais básicos aos seus acusados, impondo a eles, desde o início de seus julgamentos, a culpa presumida (RIBEIRO, 2016, p. 14).

Cesare Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, criticou esse sistema, dando início ao que se conhece hoje como o direito penal moderno, que busca uma ação controlada do Estado no seu direito de punir trazendo novas ideias como a convicção de que a prisão antes da condenação e a inserção no ambiente carcerário junto àqueles que já foram dados como culpados e/ou a atribuição de culpa antecipada não seriam extintas ou retiradas do imputado apenas com sua sentença de absolvição, em caso de não culpabilidade. Todas essas situações se manteriam atreladas ao indivíduo e à sua reputação mesmo nos casos em que sua inocência fosse comprovada. Nessa linha de pensamento, Beccaria (1997, p. 69) diz que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Essa ideia de não considerar culpado aquele que está sendo acusado, muito estudada e aprimorada durante os anos, só foi efetivamente inserida na legislação, como direito a ser garantido, no ano de 1764, no artigo 8º, da Declaração de Direitos da Virgínia, nos Estados Unidos.

Em sequência aos estudos feitos por Beccaria e à positivação desse direito no ordenamento jurídico estadunidense, tem-se um dos maiores marcos, senão o maior, do Princípio da Presunção de Inocência, que se desenvolve durante a Revolução Francesa. Os iluministas, assim como Beccaria, incentivados pelas ideias dele, viam no sistema inquisitório uma desigualdade e uma injustiça quanto à atuação do Estado, notando o uso das normas e do processo penal como um instrumento de abuso de poder e imposição de controle (RIBEIRO, 2016, p. 15-16).

Diante desse cenário, os iluministas passaram a ver o ser humano como o centro do poder estatal, criando uma concepção em que o homem não mais era o inimigo do Estado, mas sim aquele que concede o seu poder e, através dessa concessão, toda ação perpetrada pelo Estado deveria ser em seu favor e comprometida com seus interesses, sob pena de se tornar ilegítima (RIBEIRO, 2016, p. 18).

A partir de todos esses pensamentos e da Revolução Francesa como um todo, há o surgimento, em 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, pela primeira vez, utiliza a expressão “presunção de inocência”, a fim de garantir aos acusados uma não imposição de culpabilidade antecipada. Sua redação foi feita em seu artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. A partir de sua criação, essa Declaração inaugurou um novo processo penal, tornando-o um instrumento de proteção à honra e liberdade do indivíduo, guardando-o dos abusos estatais.

Os estudiosos franceses não foram os únicos a estudar e teorizar sobre o princípio; grandes debates sobre o tema foram também introduzidos pelas escolas penais italianas ao longo do século XX. Carmignani (2005, p. 37-38) esclarece como a Escola Clássica, através de seu principal representante, Carrara, defendia a aplicação do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal, estabelecendo uma crença de que, diante da obediência da grande maioria dos indivíduos à lei, abstendo-se da criminalidade, deveria se presumir que lei consagraria a todos os homens a sua presunção de inocência.

Em um outro viés, nem todos os pensamentos quanto à presunção de inocência denotavam um apoio, a Escola Positivista, através de ideias e teses como aquelas sustentadas por Lombroso, por exemplo, via nas ideias de Beccaria, dos iluministas e da Escola Clássica, ideais incapazes de efetivamente controlar a criminalidade, exigindo um Estado mais rigoroso e intervencionista. Isto se dá devido ao aumento da criminalidade, gerado entre os séculos XIX e XX a partir da Revolução Industrial, do intenso fluxo de populacional para os centros urbanos em busca de uma melhoria de vida e da quebra da expectativa do proletariado, que foi marginalizado e submetido a péssimas condições de vida (CAMARGO, 2005, p. 37).

A Escola Técnico-Jurídica italiana, também conhecida como Neoclássica, apresentava, de mesmo modo, críticas à presunção de inocência, instaurada na Itália fascista de Mussolini; seus representantes defendiam que, após denunciado, não existia mais para o indivíduo a possibilidade de ser considerado inocente, apenas poderia ser determinado como culpado ou não culpado. A partir de suas teses, surge, pela primeira vez, uma divergência entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade, assim como explica Ribeiro (2016, p. 30):

Em suma, iniciada a ação penal, não cabia mais falar em inocência, mas apenas culpado e não culpado. A pessoa imputada não seria, em qualquer hipótese, inocente, pois, afinal perdeu tal status ao ser denunciado. Com base nesse pensamento, surge a justificativa para substituição da "presunção de inocência" iluminista pela "presunção de não culpabilidade" criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX.

As críticas a presunção de inocência no processo penal não impediram, no entanto, a sua consagração como direito fundamental; após o mundo vivenciar duas grandes guerras instauradas a partir de regimes fascistas e autoritários, tornou-se imprescindível a criação de um processo penal justo, que prezasse, acima de tudo, pelos direitos e garantias fundamentais do ser humano, como a liberdade e a presunção de inocência. Para a proteção de tais direitos, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), que, em consonância com os ideais pretendidos, editou, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo 11º, preconiza: “Toda pessoa acusada do delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa” (RIBEIRO, 2016, p. 32-33).

4.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Reestabelecendo a democracia no Brasil, a Constituição da República, promulgada em 1988, positivou, pela primeira vez na legislação brasileira, o Princípio da Presunção de Inocência, em seu Artigo 5º, em seu inciso LVII, sob os dizeres: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (LIMA, 2021, p. 87-88).

Com um texto relativamente simples, a positivação do novo direito fundamental, que antes se apresentava apenas como um desdobramento do princípio do devido processo legal, gerou inúmeras dúvidas aos aplicadores e estudiosos da lei – uma parte da doutrina defendia que a nova Constituição presumia de fato o acusado como inocente, enquanto outra parte defendia que o Brasil não teria adotado o Princípio da Presunção de Inocência, mas sim a presunção de não culpabilidade (LIMA, 2021, p. 47-48).

Seguindo um pensamento mais próximo das Escolas Positivista e Técnico-Jurídica alguns estudiosos afirmavam que, ao estabelecer a expressão “ninguém será considerado culpado”, a Constituição não estabelecia uma presunção de inocência plena, pelo contrário, ela apenas considerava o acusado “não culpado” durante o decorrer do processo penal, perdendo ele essa dúvida a partir do momento em que sua sentença condenatória transitasse em julgado.

Júlio Fabrini Mirabate (2003, p. 42-43) é um dos doutrinadores que afirma que o ordenamento jurídico apoia apenas o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, visto que se torna inviável estabelecer como inocente a partir do momento em que recaem sob o acusado evidências concretas do cometimento do delito, como os indícios mínimos de autoria e materialidade.

Apesar de ter utilizado uma redação que se aproximasse das ideias apresentadas acima, a posição mais defendida e aceita preleciona que a Constituição da República, em momento algum, quis se afastar da completude do Princípio da Presunção de Inocência. Seus posicionamentos defendem que o legislador brasileiro fez apenas uma escolha linguística, abrangendo a expressão “ninguém será considerado culpado” toda a extensão da Presunção de Inocência, tratando-se desse modo a presunção de Não Culpabilidade e a Presunção de Inocência do mesmo direito fundamental, sem distinção alguma. Sobre esse entendimento adotado pela Constituição Cidadã, leciona Maurício Zanoide de Moraes (2016, p. 215-216):

[...] o constituinte [de 1988] procurou elaborar o texto normativo com o que ele entendeu ser um melhor apuro técnico da linguagem. Cedeu aos argumentos ditos neutros da Escola Técnico-Jurídica italiana, contudo, em momento algum se afastou do conteúdo e de toda a extensão do preceito humanitário universal da presunção de inocência. Muito ao contrário, reafirmou-o e entendeu que a expressão ‘presunção de não culpabilidade’ seria a melhor forma de proteger exatamente aquele princípio maior e mais tradicional.

Aury Lopes Junior (2016), sustentando a mesma ideia, aduz ainda que, com a ratificação brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, a Presunção de Inocência se tornou um pressuposto processual, sendo desnecessários os posicionamentos contrários a ela, tornando-se essa tão intrínseca ao ordenamento jurídico brasileiro que se vê desnecessária sua positivação, de qualquer forma que seja:

Podemos afirmar que a Constituição ‘não recepcionou a presunção de inocência’ [...]? Não, é um duplo erro. Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência”, não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e, tampouco, pela base democrática da Constituição. A essa altura do estágio civilizatório, Constitucional e Democrático, a Presunção de Inocência ‘não precisa estar positivada em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros – neste momento histórico, da condição humana’. Ademais, temos a expressa recepção no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Desse modo, em síntese, pode-se estabelecer que o Direito Brasileiro sustenta o Princípio da Presunção de Inocência como um direito fundamental, que estabelece uma norma a ser cumprida na maior amplitude possível, ditando um “princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, o que significa que todo acusado é presumido inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado”, assim como lecionado por Guilherme Nucci (2017, p. 151). A partir de todas as considerações feitas até o momento, torna-se imperioso entender, por fim, alguns problemas que circulam sua aplicação em julgados modernos.

5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA BRASILEIRA À LUZ DE ARISTÓFANES

Para analisar a literatura como modificadora do direito, é necessário demonstrar os problemas enfrentados que necessitam de modificação; no presente estudo, esse problema engloba todos os comportamentos apresentados por parte dos magistrados e tribunais brasileiros que decidem em desacordo com o Princípio estudado anteriormente. A fim de se evitar um estudo prolixo, será utilizada como representação principal disto a decisão tomada pela juíza Inês Marchalek Zarpelon, magistrada da 1ª Vara de Curitiba/PR, no ano de 2020, a qual condena um réu negro a 14 anos e 02 meses de prisão pelo cometimento dos delitos de organização criminosa e roubo utilizando como fundamentação a sua raça. Ao decidir, a juíza apontou (BRODBECK, 2020, *online*):

Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente [...].

Essa mesma referência aparece dentro da sentença condenatória três vezes e, apesar da primariedade do réu, a mesma juíza elevou em sete meses sua pena em face

da “conduta social”, mesmo tendo sido proclamado por ela que “nada se sabe da sua conduta social” (BRODBECK, 2020, *online*).

Casos como este são recorrentes e incontáveis, apesar de o Princípio da Presunção de Inocência ser, como explica o professor Renato Brasileiro Lima (2021, p. 54) “cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir”.

Adentrando na análise da obra, assim como no caso brasileiro moderno, o sistema organizacional grego sempre foi regido fortemente por aristocratas, que faziam da justiça um instrumento de controle social e manutenção de poder, o que pode ser observado claramente em Filoclêon, que não exercia seu papel de julgador por apreço à justiça, mas sim por motivos fúteis, como o lucro ou o status. Tendo uma base moral e ética frágil, Filoclêon era um juiz injusto, inclinado à condenação, que não obedecia ao estabelecido na lei, nem seguia um pensamento firmado, estando seus réus sempre à mercê de suas inclinações momentâneas.

Tendo em vista a história apresentada pela obra grega e a decisão tomada pela magistrada paranaense, é possível observar com clareza o conceito apresentado pelo filósofo François Ost (2004, p. 15) quanto ao fenômeno da influência da Literatura no Direito – ele explica que o Direito cristaliza e ordena a realidade em leis e convenções, enquanto a literatura teria o papel de criar a desordem, a fim de que as certezas jurídicas pudessem ser objeto de críticas e desconstruções, necessárias à evolução da sociedade.

Ost (2004, p. 15) vai além e explica: “essa indisciplina literária que se insinua nas falhas das disciplinas excessivamente bem instituídas realiza assim um trabalho de interpelação do jurídico, fragilizando os pretensos saberes positivos sobre os quais o direito tenta apoiar sua própria positividade”.

Aristófanes cria Filoclêon como um personagem extremo e escandaloso; toda a obra gira em torno de situações mirabolantes, exageros e dramas que parecem irrealis e beiram o inacreditável. Isto tudo, no entanto, não é feito por motivação qualquer, assim como Ost (2004) bem colocou, isto é, feito para gerar desordem e quebrar os dogmas firmados em torno da organização jurídica vigente naquele tempo.

O autor grego concebeu tal ideia com tanta maestria que sua criação gera essa indagação até nos dias de hoje, observando uma decisão recente na qual a cor da pele de um indivíduo é utilizada para preestabelecer uma ideia de que ele merece uma condenação majorada; observando as condutas exacerbadas e vergonhosas de Filoclêon, o incômodo gerado por suas similaridades é tanto que se torna possível e desejável verificar a necessidade de modificação nas condutas dos magistrados brasileiros, demonstrando, assim, efetivamente, a aplicação da Literatura como modeladora do Direito.

Muito ainda se discute quanto à necessidade, ou importância, da aplicação da interdisciplinaridade no Direito. Atrelados ao positivismo exacerbado, há ainda aqueles que acreditam que o Direito, por si só, em suas normas e regras descritas nos Códigos, se autossustenta e explica suas origens, conceitos e princípios, como o Princípio da Presunção de Inocência (MIRANDA, 2011, p. 34).

Também existem aqueles que abrem exacerbadamente as possibilidades do estudo do Direito através de disciplinas como a História, a Filosofia ou a Literatura, fazendo-o em escala tão grande e acreditando tão fielmente na solução dos problemas

jurídicos pela multidisciplinaridade que acabam por esvaziar o próprio Direito. (MIRANDA, 2011, p. 34)

Importante, assim como preleciona Ost (2004), é encontrar um ponto razoável, em que o Direito possa existir como matéria autônoma, com suas próprias regras, conceitos, princípios e métodos, mas proporcionando sempre a possibilidade de indagá-lo, assim como o presente estudo fez a partir da obra “As Vespas”, de Aristófanos, através do uso das diversas ciências humanas.

6 CONCLUSÃO

Ao se iniciar o presente estudo, foi proposto como objetivo geral analisar a obra literária “As Vespas”, de Aristófanos, e identificar as reflexões críticas realizadas pelo autor, que satirizava um sistema jurídico centrado na figura de magistrados nada atentos à realidade que os cercava, notadamente a construção grega do princípio da presunção de inocência e suas influências para o pensamento moderno. Para se atingir os resultados pretendidos, foi analisado inicialmente o sistema organizacional grego, compreendendo o controle aristocrático imposto ao ordenamento jurídico e situando a obra “As Vespas” em sua Época Clássica.

De mesmo modo foi feito um estudo quanto à obra literária em tela, analisando em especial o personagem Filoclêon, percebendo-o como um julgador injusto e imoral, que fazia o uso de sua jurisdição à mercê de suas vontades, à luz de suas crenças e baseando suas decisões naquilo que mais lhe traria proveitos, gerando sempre uma insegurança.

Quanto ao estudo feito acerca do Princípio da Presunção de Inocência, foi estabelecido que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro moderno, ele é um direito fundamental, que é também uma cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, que estabelece uma norma a ser cumprida na maior amplitude possível, devendo manter-se logo o acusado como inocente até que sua sentença condenatória transite em julgado. Indo além, foi possível compreender que esse Princípio, apesar de sua imensa importância e de carregar consigo o caráter imutável dado às cláusulas pétreas, ainda é alvo de uma grande insegurança jurídica, sendo violado por decisões tomadas em face de convicções preestabelecidas, como no caso precitado, em que o acusado paranaense foi condenado em face de preconceitos raciais.

Por fim, foi estabelecido, através do estudo da obra do filósofo François Ost, que a Literatura serve como uma representação dramática e exagerada de situações sociais que pode ser utilizada pelos juristas, através de uma análise ponderada e razoável que respeite o Direito como matéria autônoma, para rever situações como a apresentada, como uma solução para violações como a precitada, criando uma melhor aplicação de Princípios consolidados, como o Princípio da Presunção de Inocência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMORIM, B. L. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 2005.

ARISTÓFANES. **As vespas, as aves, as rãs**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

ASSIS, G. B. P. de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www12.scnado.leg.br/ri/edicoes/55/217/ri_133n217_p135. Acesso em: 06 jun. 2022.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BECCARIA, C. B. M. de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidieini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 68,726-1/DF**. Impetrante Fernando Eduardo Ayres da Motta, Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min, Neri da Silveira, Diário da Justiça, 20 nov. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRODBECK, P.; VIANNA, J. Juíza cita raça ao condenar réu negro por organização criminosa. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/12/juiza-diz-em-sentenca-que-reu-negro-era-seguramente-integrante-de-grupo-criminoso-em-razao-da-sua-raca.ghtml> Acesso em: 11 jun. 2022.

CAMARGO, M. O. de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARMIGNANI, G. Elementi del diritto criminale, prima versione italiana, v. I, Malta, 1848. In: VILELA, A. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005.

GRIVOT, D. C. H. *et al.* **História do Direito**. Porto Alegre: Sagah, 2017.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. Salvador: Juspvum, 2021.

LOPES JUNIOR, A. Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a l jurídico. **Revista Conjur**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso: 06 jun. 2022.

MIRABATE, J. F. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, R. D. de. François Ost e a hermenêutica jurídica - um estudo de Contar a Lei. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, 2011. p. 30-35.

MORAES, M. Z. de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, G. de S. **Princípios penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OST, F. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

RIBEIRO, C. P. **O Princípio da Presunção de Inocência e sua conformidade constitucional**. Natal (RN), 2016.

ROCHA, J. M. de S. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GODOY, A. M. Aristófanos e As Vespas: o desencanto com o Direito na Literatura Ática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 2000. p. 251-259.

Flexibilização do intervalo intrajornada pós-reforma trabalhista: impactos na saúde do trabalhador

Flexibilization of the work break after the labor reform: impacts on the worker's health

ANTÔNIO AUGUSTO MELO VIEIRA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: aa.melovieira@hotmail.com

VIRGÍNIA LARA BERNARDES BRAZ

Professora orientadora (UNIPAM)

E-mail: virginiabraz@unipam.edu.br

Resumo: O intervalo intrajornada, previsto no *caput* do artigo 71 da Consolidação das Leis Trabalhistas, estabelece um intervalo mínimo para descanso ou alimentação. No artigo 611-A, inciso III, do mesmo diploma legal, há a transcrição de que o negociado se sobressai ao legislado, permitindo uma possível diminuição desse intervalo realizado dentro da jornada laboral. Portanto, essa redução no intervalo intrajornada leva a descansos mais curtos, podendo ocasionar comprometimento da saúde do trabalhador. Dessa forma, a análise das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista é relevante na esfera jurídica, uma vez que acarretarão consideráveis variações na seara trabalhista, possibilitando que sejam levadas em considerações as argumentações pelos Tribunais Trabalhistas acerca da flexibilização do instituto intrajornada, ponderando os direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República Federal de 1988. Logo, o estudo utilizou pesquisa descritiva, mediante procedimento metodológico dedutivo, tendo por escopo o aprofundamento no estudo do intervalo intrajornada e as consequências na saúde do trabalhador com a possibilidade de redução desse instituto.

Palavras-chave: Intervalo intrajornada. Reforma Trabalhista. Flexibilização. Saúde do trabalhador.

Abstract: The work breaks, provided in the *caput* of article 71 of the Consolidation of Labor Laws, establishes a minimum break for rest or food. In article 611-A, item III, of the same legal document, there is a transcription that the negotiated excels the legislated, allowing a possible reduction of this break during the workday. Thus, the analysis of the changes brought about by the Labor Reform is relevant in the legal sphere, since they will bring about considerable variations in the labor field, allowing the arguments of the Labor Courts to be taken into account regarding the flexibilization of the intra-day policy, weighing the fundamental rights enshrined in the Constitution of the Federal Republic of 1988. Therefore, the study used descriptive research through a deductive methodological procedure, with the scope of deepening the study of work breaks and the consequences on worker's health with the possibility of reducing this policy.

Keywords: Work break. Labor Reform. Flexibilization. Workers' health.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe diversas modificações na legislação laboral, regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Constituição da República de 1988, do mesmo modo que nas legislações especiais trabalhistas. Diante disso, diversos foram os reflexos no direito e processo do trabalho, promovendo uma reforma substancial à organização das normas trabalhistas no Brasil quanto à possibilidade de negociações.

As negociações coletivas garantem a observância obrigatória do que foi estabelecido pelas partes em uma relação de trabalho, sendo que o que for negociado por empregados juntamente com empregadores e sindicatos sobre a jornada laboral, banco de horas, insalubridade, entre outros direitos, prevalece, e os frutos dessas negociações podem até se sobrepor ao que está no legislado.

Assim sendo, o direito previsto constitucionalmente quanto à observância de uma jornada laboral fixada legalmente é de grande importância no Direito do Trabalho e, conseqüentemente, para o trabalhador. Ora, o subalterno tem o direito de trabalhar em jornada que não ultrapasse o limite permitido, com intervalos de repouso e descanso para que não haja um desgaste exorbitante.

Dentro desse conceito fundamental de jornada laboral, destaca-se a relevância do instituto intrajornada, permitindo ao trabalhador descanso para recuperar suas energias e continuar sua função sem desgaste excessivo, sendo esse aspecto relevante para a sua saúde mental e física.

Como regra geral, o intervalo intrajornada, previsto no *caput* do artigo 71 da CLT, estabelece um intervalo mínimo para alimentação e descanso. Ainda no artigo 611-A, inciso III, do mesmo diploma legal, há a transcrição da possibilidade de o negociado se sobressair ao legislado, permitindo uma possível diminuição nesse intervalo realizado dentro do itinerário de trabalho.

Portanto, essa redução no instituto intrajornada determinará descansos mais curtos e, como consequência, o empregador poderá estabelecer jornadas mais longas, levando ao comprometimento da saúde do subalterno de maneira mais séria. Dessa forma, a presente pesquisa tem por escopo o aprofundamento no estudo do intervalo intrajornada e as consequências na saúde do trabalhador mediante a nova possibilidade de flexibilização.

Tendo em consideração a metodologia, adotou-se pesquisa descritiva, através de procedimento metodológico dedutivo, partindo de uma abordagem mais ampla para uma mais específica. Assim, foi dado um enfoque qualitativo, mediante pesquisa exploratória, proporcionando, de forma específica, o enfrentamento do tema por meio de revisão teórico-bibliográfica e pesquisa documental.

Dessa forma, para a execução da revisão bibliográfica, foram estudadas doutrinas, legislações, monografias e artigos científicos, com foco nas alterações da Reforma Trabalhista, propostas para a CLT e jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho (TST), para discussão do tema da pesquisa.

Nesse cenário, o presente estudo apresenta os impactos na saúde do subordinado diante da possível flexibilização do intervalo intrajornada, uma vez que

extensas jornadas laborais têm sido uma das causas mais relevantes no aumento da quantidade de infortúnios no mundo do trabalho.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Os direitos sociais tiveram sua primeira faísca durante a Revolução Industrial, sendo ampliados no decorrer do tempo. Como inúmeros acidentes ocorriam com os subalternos, como perda de um dedo na máquina, ou jornadas exaustivas, eles se mobilizaram contra seus patrões, dando origem às organizações de trabalhadores, conhecidos no Brasil como sindicatos.

A primeira aparição se deu timidamente na Constituição Mexicana de 1917 e sucessivamente na Constituição de Weimar, na Alemanha em 1919. A partir desse momento, o movimento foi tomando proporções até chegar a quase todas as Constituições dos países. O doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 106) assim se expressa:

Um terceiro marco usualmente considerado relevante pelos autores reside no processo da Primeira Guerra Mundial e seus desdobramentos, como, por exemplo, a formação da OIT — Organização Internacional do Trabalho (1919) e a promulgação da Constituição Alemã de Weimar (1919). É também desse mesmo período a Constituição Mexicana (1917). As duas Constituições mencionadas foram, de fato, pioneiras na inserção em texto constitucional de normas nitidamente trabalhistas ou, pelo menos, pioneiras no processo jurídico fundamental de constitucionalização do Direito do Trabalho, que seria uma das marcas distintivas do século XX.

Com as transições precedentes na Europa e a progressão da crescente elaboração das leis trabalhistas, diversos países exerciam pressão no Brasil para elaborar suas próprias legislações à classe operária. Então, o Estado Brasileiro concordou com tal compromisso criando normas trabalhistas que concederiam aos subalternos melhores assistências. Assim, por meio da CLT, foram regularizadas as inúmeras leis esparsas sobre Direito do Trabalho, agregando diplomas normativos correlatos (VERAS, 2018).

A Constituição Federal de 1988 lista uma nova página na história dos direitos sociais no Brasil, implicando propriamente no Direito do Trabalho sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Na interpretação desse fragmento, levam-se em consideração os fatos provenientes do Neoconstitucionalismo e do Pós-Positivismo, da qual as peculiaridades são o conhecimento normativo dos princípios, centralidade da Lei Maior de 1988 no ordenamento jurídico, tal como a consolidação da cidadania e da democracia (ARAÚJO, 2014).

No que se refere ao Direito do Trabalho, tal decodificação resulta na condecoração dos direitos sociais do empregador como sendo essenciais, observando a Carta Magna de 1988 como fonte básica para a efetivação dos direitos sociais e

reconhecimento do trabalho humano. À seara trabalhista foi dado o encargo de reger a relação entre contratado e contratante, visando determinar condições primordiais e básicas quando corresponde às relações laborais.

Segundo a visão de Renzetti (2018, p. 11), o Direito do Trabalho conceitua-se:

[...] como o ramo do Direito composto por regras, princípios e institutos sistematicamente ordenados, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, que objetivam a melhoria da condição social do trabalhador, acompanhado de sanções para as hipóteses de descumprimento dos seus mandamentos.

Destarte, a inserção das garantias trabalhistas no documento constitucional em que são abordados os direitos sociais demonstra a relevância concedida a eles pela Constituição da República de 1988. Nesse entendimento, o *caput* do artigo 7º da Carta Magna principia rol exemplificativo, entendido como os direitos de segunda geração ou garantias sociais, sem detrimento de outros, suscitando que “são direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, no sistema normativo brasileiro existem Princípios Jurídicos, que são fonte do Direito, entre esses, podemos destacar o artigo 7º da Lei Magna de 1988, norma favorável ao trabalhador, harmonizando com o artigo 5º, § 2º, do ordenamento jurídico pátrio acima exposto.

A par dessa questão, comenta Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 95):

Sob essa perspectiva, os princípios atuam com propósitos prospectivos, impondo sugestões para a adoção de formulações novas ou de regras jurídicas mais atualizadas, em sintonia com os anseios da sociedade e atendimento às justas reivindicações dos jurisdicionados, infelizmente, nem sempre os anseios da sociedade são transformados em boas leis. Pelo contrário, é até comum – o que é lamentável – a edição de leis que contrariam os interesses públicos primários da sociedade, como as que violam a própria Constituição Federal ou Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

No que se diz respeito aos princípios constitucionais trabalhistas, podemos citar o da proteção ao meio ambiente de trabalho, o qual é amplo, pois na literalidade da lei não houve especificação. Outro princípio que vale ser constatado é o do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, considerando estes como amplificadores dos direitos aos subalternos, tendo que estar em harmonia com os demais ideais constitucionais.

O princípio da proteção ao meio ambiente de trabalho é concretizado mediante outros princípios mencionados no artigo 7º do Texto Constitucional, a saber: princípio da limitação do trabalho; princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho; princípio

da obrigatoriedade de seguro contra acidentes laborais; princípios da responsabilidade civil do empregador pelos danos morais e materiais sofridos pelo trabalhador, entre outros. Além disso, vale ressaltar que o princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos deve estar em sintonia com os outros direitos constitucionais, em especial o previsto no caput do artigo 7º da Carta Constitucional de 1988 (LEITE, 2020, p. 99).

Diante disso, vale salientar que os princípios fundamentais possuem caráter vinculante, conseqüentemente é obrigatória a sua observância, demonstrando a notoriedade da seara trabalhista. Logo, com o passar dos anos, percebeu-se a importância do Direito do Trabalho, o qual está tutelado na parte fundamental da Constituição Cidadã e entre as garantias existentes nos direitos sociais.

3 CONCEITUAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA

A jornada de trabalho pode ser estabelecida como o tempo diário de expediente, isto é, o período de labor que o empregado desempenha ao empregador. Então, a legislação determina limites ao tempo de trabalho almejando períodos de pausas consoantes à quantidade de horas trabalhadas, sendo os intervalos essenciais para o contrato de trabalho, vida e saúde do subordinado. Nesse sentido:

Com apoio no art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução n.217-A, da ONU, de 10-12-1948), pode-se afirmar que “toda pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas”. Trata-se, portanto, de uma proteção oferecida ao trabalho visando, fundamentalmente, a sua saúde laboral e sua integridade física, uma vez que as pausas evitam a sobrecarga muscular e a fadiga mental (MARTINEZ, 2020, p. 487).

Diante disso, compreendem-se dois institutos fundamentais, os intervalos interjornada e intrajornada, que são formas de descanso com a finalidade de impedir desgastes na saúde do empregado. O instituto interjornada é mencionado como um intervalo para repouso destinado ao trabalhador entre duas jornadas, ou seja, entre o fechamento do itinerário laboral e o começo da jornada no dia subsequente. Conforme previsto no artigo 66 da CLT, “entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso” (BRASIL, 1943).

Entretanto, adentrando na conceituação do instituto intrajornada, período destinado à alimentação e/ou repouso no decorrer da jornada de labor, indica o artigo 71 da CLT que trabalhos contínuos cujo período exceder seis horas tem a obrigação de atribuir um intervalo para descanso de uma a duas horas. Assim, se o trabalho for sem interrupções com duração de quatro a seis horas, obrigatoriamente terá o descanso de quinze minutos, já em jornadas que não excederem a quatro horas, não se exige a autorização de intervalo. Nesse contexto, preceitua Romar (2018, p. 352):

Os intervalos intrajornadas são períodos de descanso regularmente concedidos durante a jornada de trabalho, em que o empregado deixa de trabalhar e de estar à disposição do empregador. Podem ser remunerados ou não remunerados, conforme sejam ou não computados na duração da jornada de trabalho. Os intervalos intrajornadas visam permitir que o empregado recupere suas energias durante os períodos de cumprimento da jornada de trabalho.

Segundo Silva (2015), destacam-se alguns aprofundamentos do intervalo intrajornada, uma vez que os descansos visam possibilitar distração mental, além da recuperação física com o propósito de desconectar o subordinado de seu trabalho. A desconexão do trabalho concerne aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República de 1988 como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Com isso, a finalidade fundamental do intervalo intrajornada é proporcionar um tempo para relaxamento no meio de seu itinerário de trabalho, garantindo a integridade mental e física do subordinado. Perante essas observações acerca do intervalo intrajornada, precisamente a sua caracterização, torna-se primordial sua análise como previsto na CLT, tal como na Súmula n. 437 do TST.

4 INTERVALO INTRAJORNADA NA REFORMA TRABALHISTA E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

A CLT, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que entrou em vigor em novembro do mesmo ano, estruturou as leis trabalhistas esparsas preexistentes em uma única consolidação, tendo como base legislações trabalhistas de outros países. Ademais, com a pressão popular no governo de Getúlio Vargas, foi elaborada o mais breve possível.

É um Decreto-Lei de caráter geral, empregado a todos os trabalhadores, sem diferenciação da categoria de sua posição na empresa, e corresponde a um texto fundamental para o Direito do Trabalho. Além da CLT, que é de caráter geral, têm-se as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, promulgadas por Portarias Ministeriais, que regulam atividades específicas, visando ao aperfeiçoamento dos vários tipos de ambientes do trabalho (DELGADO, 2019, p. 774).

Entretanto, no ano de 2017, houve uma modificação na legislação trabalhista proposta pelo Governo Federal, aprovada pelo Congresso Nacional, interferindo em vários ramos, principalmente, na relação empregatícia. A Lei n. 13.467/17 trouxe diversas modificações na legislação laboral, alterando mais de cem artigos da CLT (PESSOA, 2017).

Em referência ao instituto intrajornada, o artigo 71, §4º, da CLT, foi alterado com a publicação da Lei n. 13.467/17, causando ampla discussão nos Tribunais Trabalhistas quanto à sua finalidade. Entendia-se que o abono acrescido de 50% pelo trabalho realizado nos intervalos intrajornada era parte de sua remuneração; após essa

modificação passou a ser de natureza indenizatória. Ainda a respeito disso, transcreve Martinez (2020, p. 491, grifos do autor):

Perceba-se que a partir da vigência da Lei n.13.467/17, a não concessão ou concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação a empregados urbanos e rurais, *implicará apenas no pagamento do período suprimido* com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Mais que isso, nota-se que a nova redação prevê o *pagamento de natureza indenizatória* desse período suprimido e não mais o pagamento de natureza remuneratória como antes entendia o TST.

Desse modo, com a Reforma Trabalhista e a nova disposição do §4º, do artigo 71 da CLT, o contratante será obrigado a realizar o pagamento do período suprimido. Além disso, verifica-se que, ao determinar tempo mínimo e máximo de intervalo para alimentação e descanso, foi estabelecido, de forma efetiva, o limite para recuperação do empregado dentro de sua jornada de trabalho.

Depois de anos de argumentação do artigo 71 da Consolidação, o TST emitiu a Súmula n. 437, na qual, em seu item II, visa coibir a supressão ou a redução do intervalo intrajornada, acrescido da indenização paga ao empregado a respeito da não concessão ou concessão parcial do instituto exposto anteriormente, transcrita no item I e III (BRASIL, 2012).

Salienta-se, ainda que a súmula transcreva a possibilidade de invalidar qualquer cláusula conforme convenção ou acordo que contrarie os limites determinados na CLT, de forma que a previsão inclusa no artigo 71 da legislação anteriormente citada, dá ênfase a questões de saúde, higiene e segurança do empregado.

A modificação da CLT, através da Reforma Trabalhista resultou, por exemplo, na adição do artigo 611-A, da Consolidação. Logo, dar-se-á possibilidade de reduzir o intervalo intrajornada cujo serviço diário for maior que seis horas, através de convenção ou negociação coletiva, no mínimo de até trinta minutos. Não obstante, é vital destacar que a inclusão do artigo 611-A na CLT não sucedeu nenhuma alteração no regimento que dispõe a imposição do instituto intrajornada para períodos de trabalho acima de seis horas diárias trabalhadas, a constar, no artigo 71, do mesmo diploma legal.

Segundo Delgado (2019), o artigo 611-A, da CLT determinou o prevalecimento do negociado sobre o legislado, observado a permissão do intervalo de trinta minutos, transcrito na mesma seara, visando à redução que possa ser realizada somente se houver convenção ou acordo coletivo. Segundo Carvalho (2020), a negociação coletiva apresenta-se como fator importante para ajustes na jornada de trabalho, especialmente em ocasiões de desemprego, pois as crises não estão previstas no sistema de leis positivado.

Entrementes, nota-se que o legislador, com a pretensão de impor limites à prevalência do negociado sobre o legislado, introduziu na CLT o artigo 611-B. Logo, o teor do artigo transcrito mostra-se ser causa ilícita de acordo ou convenção coletiva, quando se diz respeito à retromencionada possibilidade de redução do instituto

intrajornada para o período de trinta minutos, indo ao encontro do permissivo transcrito no artigo 611-A, inciso III, da Consolidação acima citada. Segundo Delgado (2019, p. 77 e 78):

De fato, os 15 grandes temas franqueados no art. 611-A da CLT, aliados à tentativa feita pelo art. 611-B da Consolidação, no sentido de fixar taxativamente as restrições negociais coletivas que elenca (observe-se que no *caput* do art. 611-B se usa a palavra “exclusivamente”), tudo interpretado em conjugação lógica, evidencia o enorme espaço que se quis abrir à negociação coletiva trabalhista, particularmente na direção de piorar as condições de contratação e gestão da força de trabalho no País.

Nota-se também que, na transcrição do artigo, o legislador recusou a natureza de normas de saúde e segurança do trabalho acerca do prazo da jornada de labor, que até ao momento era o entendimento estabelecido na jurisprudência e na doutrina majoritária do ordenamento brasileiro.

Em conformidade com Rêgo e Sales (2019), com a intenção de afastar a contradição imposta, o legislador reformulador incluiu o parágrafo único, no artigo 611-B, da CLT, estabelecendo que a duração do expediente e intervalo para descanso não são considerados como normas que visam proteger a saúde, segurança e higiene do subalterno, sendo, a partir de então, passíveis de acordo ou negociação coletiva de trabalho.

Nessa eventualidade, o artigo 7º, inciso XXII, da Carta Magna de 1988, assegura ao empregado a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, observando uma possível inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 611-B da CLT (BRASIL, 1988; VILLATORE; FERRAZ, 2018).

Em 2018 na 2ª Jornada de Direito Material e Processual ocorrida em Brasília, foi aprovado o Enunciado 34 firmando duas teses a respeito do intervalo intrajornada:

Intervalo Intrajornada como Norma de Segurança e Saúde Pública. I. Regras sobre o intervalo intrajornada são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e, por consequência, de ordem pública, apesar do que dispõe o art. 611-B, parágrafo único da CLT (na redação da Lei 13.467/2017). II. O estabelecimento de intervalos intrajornadas em patamares inferiores a uma hora para jornadas de trabalho superiores a seis horas diárias é incompatível com os artigos 6º, 7º, inciso XXII, e 196 da Constituição (ANAMATRA, 2018).

A inconstitucionalidade dessa norma descrita também poderia ser constatada quando analisado o artigo 5º, §2º, da Carta Constitucional de 1988, que determina que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Ademais, vale recordar que o Brasil faz parte da OIT, a qual coopera para proteger o ambiente empregatício, a segurança e a saúde dos trabalhadores, com o advindo da Convenção n. 155 promulgada pelo Decreto-Lei n. 1.245/1994 (VERAS, 2018).

Findando, analisa-se que, com a implantação da Lei n. 13.467/17, foram introduzidas inúmeras modificações na CLT, de forma proposital e estratégica, atingindo os direitos básicos do trabalhador, dentre eles, o intervalo intrajornada, tratando da saúde do subalterno como algo negociável. Assim, a flexibilização do instituto intrajornada concerne à possibilidade de ocasionar infortúnios ao bem-estar do proletário, como também prejudicar seu desempenho decorrente de acidentes ocupacionais.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SAÚDE DO TRABALHADOR

A Reforma Trabalhista complementada pela CLT e explícita os artigos 611-A e 611-B proporciona que a negociação coletiva sobressaia à lei, isto é, um novo sistema de hierarquia das fontes em que cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos prevaleçam quando conflitarem com as disposições previstas no ordenamento (LEITE, 2020).

Reforça essa argumentação o fato de que o legislador constituinte permitiu a flexibilização mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, como salário e jornada. Diante dessa circunstância decorre o artigo 611-A, inciso III e o parágrafo único do artigo 611-B, da CLT. O artigo 611-A, inciso III, da Consolidação, instituiu que a negociação coletiva predominará sobre a lei quando concernir sobre o intervalo intrajornada, desde que seja considerado o limite mínimo de trinta minutos para as jornadas de trabalho acima de seis horas.

Com a provável diminuição desse instituto para trinta minutos, os trabalhadores que utilizam maior carga física durante o serviço, por exemplo, não terão tempo suficiente para se alimentar e para se recuperar física e mentalmente. Desse modo, vale ressaltar que empregados de diferentes áreas de labor terão as mesmas consequências advindas da redução desse intervalo.

Todavia, esse mesmo artigo atrita com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Sabe-se que os direitos dos empregadores previstos na legislação infraconstitucional devem não só propiciar a melhoria de sua condição social, mas também resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa redução, além de infringir uma norma constitucional, aumenta o índice de doenças e acidentes ocupacionais (VERAS, 2018).

O artigo 611-B, inciso XVII, do Decreto-Lei n. 5.452/43, determina constituir objeto ilícito de negociação as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, tratando acerca de sua supressão ou redução. Ora, o parágrafo único do artigo citado dispõe que os intervalos não serão considerados normas de higidez, segurança e higiene, mostrando-se ser inconstitucional. Consoante a esse trecho, transcreve:

Ocorre que, de forma totalmente inversa, o parágrafo único do art. 611-B da CLT estipulou que não constituem normas de saúde, higiene e segurança do trabalho as regras sobre a duração do trabalho e intervalos, objetos de negociação coletiva, o que em tese afastaria a incidência da súmula citada antes. Ou seja, teoricamente, a nova normatização teria revogado de forma indireta a norma rígida da Constituição Federal, o que não seria juridicamente possível. Portanto, a questão é polêmica e pode ser alvo de questionamentos judiciais pautados em alegações de inconstitucionalidades (WEIGAND NETO; SOUZA, 2018, p. 138).

Na referida 2ª Jornada de Direito Material e Processual, também foi aprovado o Enunciado 12:

Inconstitucionalidade do Parágrafo Único do art. 611-B da CLT. Saúde e segurança no trabalho. Negociado sobre o legislado: inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B da CLT. Revela-se inconstitucional esse dispositivo da Lei da Reforma Trabalhista que permite a flexibilização da jornada de trabalho e do intervalo intrajornada, por ofensa expressa à Constituição Federal, que assegura a todos os trabalhadores um ambiente laboral sadio, com jornada máxima e intervalos mínimos necessários, que permita o descanso e sua recuperação física, com a observância da redução dos riscos inerentes ao trabalho, conforme estabelecido no art. 7º, inciso XXII, visando a concretizar a Constituição, que tem como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, como estabelecido no art. 1º, incisos III e IV, da Carta Magna (ANAMATRA, 2018).

O legislador, visando autorizar a supressão do intervalo intrajornada, mas consciente da impossibilidade de negociação por normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, procurou contornar esse problema afastando o tempo do labor e do instituto intrajornada da competência das normas relatadas (GROSSI; MIRAGLIA, 2018).

Com isso, mostra-se evidente ser inconstitucional; a própria Constituição deixa expressos meio ambiente saudável e diminuição dos riscos do trabalho, afixando os intervalos e a limitação do itinerário de acordo com o seu artigo 7º, inciso XXII. Assim, a percepção predominante na doutrina e na jurisprudência, na qual foi consolidada na Súmula n. 437 do TST, afirmou que as normativas relacionadas ao intervalo intrajornada compõem norma de segurança e higiene do subalterno.

O intervalo intrajornada corresponde à medida importante de precaução à fadiga e exaustão dos trabalhadores, inserindo-o na definição das normas de segurança e saúde do trabalho. Nesse sentido, Delgado cita os objetivos do instituto acima citado:

Os objetivos dos intervalos intrajornadas, em virtude de seus próprios curtos limites temporais, tendem a ser significativamente menos diversificados, [...]. Visam tais lapsos de descanso situados dentro da jornada de trabalho, fundamentalmente, a recuperar as energias do empregado, no contexto da concentração temporal de trabalho que caracteriza a jornada cumprida a cada dia pelo obreiro. *Seus objetivos, portanto, concentram-se essencialmente em torno de considerações de saúde e segurança do trabalho, como instrumento relevante de preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação diária de serviços* (DELGADO, 2019, p. 1129, grifos do autor).

Sendo assim, esse instituto está sendo marcado pela possibilidade de flexibilização, podendo prejudicar a recuperação do trabalhador, surgindo como ameaça à sua higidez, já que o direito à saúde é um dos pilares de sustentação ao direito à vida. Diante disso, não pode ser motivo de negociação, já que se trata de um direito fundamental, garantido pela Lei Magna.

Afirma-se ainda que o intervalo intrajornada seja medida de prevenção e controle ao estresse biológico, tanto por diminuir os efeitos psicológicos indevidos, os quais dificultam a relação multiprofissional no ambiente de trabalho, quanto por reduzir o risco de eventos cardíacos, alterações na pressão arterial, desenvolvimento de *diabetes mellitus*, hipercolesterolemia, entre outras doenças (VERAS, 2018).

Dessa forma, o intervalo realizado adequadamente e sem pressa traz ao trabalhador período necessário para ingestão de alimentos, não comprometendo a digestão deles, evitando doenças gastrointestinais, obesidade e, até mesmo, doenças renais. Ademais a segurança também é resguardada, já que o subordinado volta para o trabalho recuperado tanto física quanto mentalmente (AMANCIO, 2017).

Segundo Santos, Galleguillos e Trajano (2019, p. 85; 119), jornadas de trabalho prolongadas têm como consequências aumento na repetitividade, maior esforço musculoesquelético, posturas impróprias, ritmo de trabalho inadequado, monotonia, aumento de condições estressantes, entre outros. Destaca-se, assim, que trabalhos realizados sem intervalo para descanso podem aumentar o risco de desenvolver Lesões por Esforço Repetitivo, Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho, depressão, transtorno de ansiedade, tendinites, dores e limitações de movimentos, acidentes, doenças gastrointestinais, entre outras patologias.

O resultado dessa possível flexibilização tem sido elementar no crescimento de doenças e acidentes ocupacionais; isso mostra ser evidente, por meio do relatório de movimentação processual do TST, divulgado ao final de 2019. O documento evidencia que o assunto mais habitual entre os processos em trâmite na Corte foram as horas extras, presente em 45.710; em terceiro lugar, está o intervalo intrajornada com 30.571 (BRASIL, 2019).

Os fatores decorrentes do trabalho podem ter relação direta com os infortúnios ocupacionais; isso se deve ao excesso de jornada de trabalho sem intervalos necessários para a recuperação do subordinado. Sabe-se que a recuperação da energia, após carga

horária trabalhada, é um meio significativo para prevenção da saúde e bem-estar do subordinado.

Conforme Geurts e Sonnentag (2006), a recuperação após jornada de labor é fundamental devido à exposição a grandes cargas, tensão e estresse prolongado. Desse modo, tem papel essencial na prevenção e recuperação do bem-estar e saúde dos subalternos, diminuindo os fatores provenientes de infortúnios ocupacionais.

Os empregados gastam praticamente um terço do seu dia no ambiente de trabalho, exigindo ao máximo de suas capacidades laborais. Com isso, é importante identificar o potencial dos intervalos durante as jornadas, os quais são fundamentais para recuperação do subordinado. Assim, denota-se que o intervalo intrajornada é essencial para retomada da atividade com qualidade, protegendo a saúde e a segurança do trabalhador.

Evidencia-se que um repouso realizado de forma eficaz por parte do trabalhador é fundamental na manutenção do seu desempenho, estando proporcionalmente ligado à diminuição dos acidentes e doenças laborais. Consoante a isso, os doutrinadores afirmam:

O tempo de exposição do trabalhador [...], sem um período de descanso para a recuperação musculoesquelética, aumenta as possibilidades de desenvolver alguma patologia. [...] A pausa é um importante fator de prevenção, uma vez que o descanso configura o tempo necessário para que haja recuperação da estrutura corpórea que foi superestimada (SANTOS; GALLEGUILLOS; TRAJANO, 2019, p. 82 e 89).

Num estudo de revisão, Tucker (2003) procurou identificar a relação dos intervalos para descanso com risco de acidentes de trabalho. Diante disso, como resultado, identificou que faltam evidências relevantes em relação ao assunto, apontando que as pausas são um meio eficaz na recuperação e no controle de riscos em função do tempo de serviço. Além disso, retratou que os subordinados devem não apenas ter a oportunidade de fazer pausas para descanso adequado, como também ser incentivados a realizá-lo.

Dessa maneira, faz-se necessário mostrar que o empregador tem liberdade para reger e disciplinar o serviço, em relação àquilo que a legislação trabalhista não diz respeito, devendo fazer isso sob os moldes legais. Assim, a possível flexibilização pode ser responsável pelos impactos à saúde profissional (VERAS, 2018).

Averigua-se que a negociação trazida pela Reforma Trabalhista, por ambas as partes, traz malefícios à saúde do subordinado, podendo aumentar o risco do número de acidentes, acarretando aumento nos custos do Estado e da própria empresa para subsidiar o tratamento dos empregados acidentados e/ou com patologias ocupacionais (GROSSI; MIRAGLIA, 2018).

Logo, evidencia-se, assim, que o trabalho é condição fundamental de integração social, podendo ser considerado por alguns empregados como fonte de prazer ou até mesmo realização pessoal. Mas, com a novidade advinda da Reforma Trabalhista quanto

à possibilidade de flexibilização por meio de negociação do intervalo intrajornada, pode constituir ao subordinado fonte de comprometimento à sua saúde, dada a eventualidade de aumento dos riscos de acidentes laborais, doenças e incapacidades, interferindo com isso na qualidade e na dignidade de sua vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto intrajornada, quando realizado com qualidade e período suficiente para descanso, pode ser considerado uma forma capaz para retomar as energias, fomentar a saúde física e mental, aumentar o desempenho e minimizar os riscos de acidentes laborais. Dessa forma, o trabalhador poderá continuar sua jornada de trabalho sem desgaste excessivo, recuperado do turno anterior, beneficiando sua segurança e diminuindo, conseqüentemente, a possibilidade de acidentes ocupacionais por excesso de jornada.

Na CLT, persiste definido uma pausa mínima para repouso ou alimentação conforme período de horas trabalhadas, sendo que o trabalho realizado sem interrupções com duração de quatro a seis horas terá obrigatoriamente o intervalo de quinze minutos. Já em itinerários que excedessem a seis horas, seria de no mínimo uma hora e no máximo duas horas de descanso, salvo convenção coletiva ou acordo escrito.

Entretantes, com a chamada Reforma Trabalhista, houve mudança no instituto intrajornada, antevisto no artigo 611-A da CLT, levando em consideração que poderia, mediante acordo ou convenção coletiva, haver flexibilização desse instituto para trinta minutos, com prevalectimento do negociado sobre o legislado. No entanto, posteriormente resultou em um parecer sumular transcrevendo ser improvável a supressão do intervalo intrajornada e ferindo, com isso, o mandamento constitucional.

O instituto trabalhista ora citado discorre de um mandamento inconstitucional, pois fere princípios constitucionais que são de suma relevância na prevenção da higidez do subalterno. O fato de conter súmula a respeito apenas confirma que a redução se torna inviável tanto para o empregador quanto para o empregado, podendo acarretar acidentes laborais.

Diante disso, conclui-se pela falta de evidências relevantes em relação ao assunto; por essa razão, faz-se necessário maior número de pesquisas científicas sobre a importância do instituto intrajornada referente à saúde no trabalho, evidenciando a prevenção de doenças e acidentes ocupacionais. Além disso, os estudos serão necessários para expor à comunidade acadêmica a evidência de que a concessão ao intervalo para alimentação e descanso é de suma importância durante as jornadas profissionais.

REFERÊNCIAS

AMANCIO, F. M. **Possibilidade de flexibilização dos intervalos intrajornada e interjornada em acordos coletivos**. 2017, 57 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2017. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/4274>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ANAMATRA. Reforma Trabalhista: enunciados aprovados. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. **XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho**. Brasília: ANAMATRA, 2018. p. 1-84. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 01 out. 2020.

ARAÚJO, E. M. V. **O Direito do Trabalho pós-positivista: por uma teoria geral justrabalhista no contexto do neoconstitucionalismo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. 135 p. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8XNNXE>. Acesso em: 07 maio 2020.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, maio 1943.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**, Brasília, julho, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa (CESTP). **Movimentação processual do TST**. 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/Folder+2019.pdf/515f6ec3-a61e-099f-ad2e-b67cf43b2a07?t=1597785149053>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 437 do TST. Intervalo Intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT. *In*: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Brasília: **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, setembro, 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437. Acesso em: 06 abr. 2020.

CARVALHO, A. C. L. de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GEURTS, S.; SONNENTAG, S. Recovery as an explanatory mechanism in the relation between acute stress reactions and chronic health impairment. **Scandinavian Journal of Work Environment Health**, [S. l.], v. 32, n. 6, p. 482-492, 2006. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/8384/6cdfc3f6a32b50b5a3c55b49f54cdcdc65.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

GROSSI, G. V. de S.; MIRAGLIA, L. M. M. O direito à saúde dos trabalhadores e o intervalo intrajornada: considerações acerca da negociação coletiva e da Reforma Trabalhista à luz da Constituição. *In*: **IV Congresso de Estudos Jurídicos**

Internacionais e I Seminário Internacional de Pesquisa, trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações. Belo Horizonte: UFMG, 2018. p. 54-69. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/k7bhb2vw/nd0ll611/0ZK0Epwah7Fv1DP2.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINEZ, L. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PESSOA, R. M. J. **A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e suas implicações na jornada de trabalho.** 2017. 56 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11457>. Acesso em: 02 abr. 2020.

RÊGO, D. N. do; SALES, N. de J. O Instituto do Intervalo Intra jornada à Luz da Lei 13.467/2017. **Revista Âmbito Jurídico: Direito do Trabalho**, [S. l.], n. 175, ano XXI, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-instituto-do-intervalo-intra-jornada-a-luz-da-lei13-467-2017/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

RENZETTI, R. **Direito do Trabalho: teoria e questões práticas.** 5. ed. São Paulo: Forense, 2018.

ROMAR, C. T. M. **Direito do Trabalho esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, S. V. M. dos; GALLEGUILLOS, P. E. A.; TRAJANO, J. D. S. **Saúde do Trabalhador.** Porto Alegre: SAGAH, 2019.

SILVA, J. A. R. de O. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico. **Revista TST**, São Paulo, v. 79, n. 11, p. 182-213, out/dez. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100337>. Acesso em: 14 abr. 2020.

TUCKER, P. The impact of rest breaks upon accident risk, fatigue and performance: a review. **Work and Stress**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 1-29, abr. 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/247511166_The_impact_of_rest_breaks_upon_accident_risk_fatigue_and_performance_A_review. Acesso em: 05 maio 2020.

VERAS, D. B. N. **Impacto na saúde do trabalhador com a redução do intervalo intrajornada pós-reforma trabalhista: quais seriam as consequências sociais e a provável solução?** 2018. 91 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2018. Disponível em: <https://faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/922>. Acesso em: 08 abr. 2020.

VILLATORE, M. A. C.; FERRAZ, M. O. K. Intervalo Intra jornada na Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB**, Paraná, n. 3, p. 1-23, ago. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328032041_Intervalo_intrajornada_na_Reforma_Trabalhista_-_Lei_n_134672017. Acesso em: 02 abr. 2020.

WEIGAND NETO, R. C.; SOUZA, G. D. de. **Reforma Trabalhista**: impacto no cotidiano das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

Inquirição judicial de crianças e adolescentes: posicionamentos sobre o procedimento depoimento especial

*Judicial inquiries of children and adolescents:
positions on the special testimony procedure*

GABRIELLA ROCHA DE ARAÚJO

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: gabrielarocha.bela@hotmail.com

PATRÍCIA DE FÁTIMA PANTALEÃO

Professora orientadora (UNIPAM)

E-mail: patriciapantaleao@unipam.edu.br

Resumo: O Estado, a família e a sociedade devem assegurar a fruição dos direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes, considerando suas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, mas não raras vezes ainda se encontram em situações de risco. Quando o Estado e a sociedade não conseguem garantir a essas crianças e adolescentes o direito de crescerem protegidos, em um ambiente emocionalmente estável e acolhedor, eles acabam tornando-se vítimas ou testemunhas de crimes. É nesse contexto que se faz necessário um ambiente que permita serem ouvidos por pessoas especializadas e a possibilidade de participarem como parte dos processos penais que forem de seus interesses. Neste artigo, mostra-se como acontece a inquirição judicial de crianças e adolescentes, sua consonância com o processo penal e posições favoráveis e desfavoráveis à técnica Depoimento Especial. A metodologia utilizada foi a pesquisa teórica, pautando-se no método dedutivo, e a técnica de pesquisa principal foi a revisão bibliográfica de monografias, manuais acadêmicos, artigos científicos julgados e jurisprudências do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Depoimento especial. Inquirição. Criança e adolescente.

Abstract: The State, family and society must ensure the enjoyment of the fundamental rights inherent to children and adolescents, considering their peculiar conditions as people in development, but not infrequently they still find themselves in situations of risk. When the State and society fail to guarantee these children and adolescents the right to grow up protected, in an emotionally stable and welcoming environment, they end up becoming victims or witnesses to crimes. It is in this context that an environment that allows them to be heard by specialized people and the possibility of participating as parties in the criminal proceedings that are of their interest is necessary. This paper shows how the judicial inquiries of children and adolescents are conducted, their consonance with the criminal process, and favorable and unfavorable positions to the Special Testimony procedure. The methodology used was theoretical research, based on the deductive method, and the main research approach was a bibliographic review of monographs, academic textbooks, scientific papers and case law from the Judiciary.

Keywords: Special Testimony. Inquiry. Child and adolescents.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito nacional, discute-se a perspectiva de psicólogos e assistentes sociais realizarem a inquirição judicial de crianças vítimas ou testemunhas de crimes. Acredita-se que tal diligência auxilia no processo penal e, ao mesmo tempo, proporciona à criança e ao adolescente a possibilidade de relatar os acontecimentos aos quais foram submetidos a profissionais dotados de conhecimento técnico, de forma a proteger sua integridade psíquica, a não revitimizá-los e ainda a garantir seus direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O procedimento denominado Depoimento Especial visa à colheita do depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes, buscando a redução dos danos causados aos infantes. A princípio, o procedimento denominava-se Depoimento sem Dano, implementada pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Antônio Daltoé Cezar, no ano de 2003. Em 2010, a adoção do depoimento especial por todos os Tribunais do país foi recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Apesar disso, mesmo obstando a revitimização, tal procedimento ainda é discutido. O tema já foi apresentado e debatido em eventos científicos, como os da Fundação Educacional de Ituverava e o Seminário sobre Depoimento Especial no TJCE, em que profissionais tanto da esfera do direito quanto da psicologia e do serviço social são favoráveis à nova técnica. Em contrapartida, existem profissionais que manifestam preocupação quanto à garantia dos direitos de crianças e adolescentes submetidos a esse tipo de intervenção.

O presente artigo aborda a inquirição judicial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes e seus efeitos secundários, buscando responder: o Depoimento Especial tem sido acolhido como uma temática importante no Processo Penal? Com o intuito de alcançar uma resposta a essa indagação, a pesquisa teórica foi desenvolvida com a utilização do método dedutivo-bibliográfico, efetuando análises e apontamentos com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente em casos que envolvam o assunto em questão.

2 CONCEITO E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA – PROTEÇÃO ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS

As ciências psicológicas, sociológicas e médicas, há muitos anos, vêm estudando crianças e adolescentes, de acordo com as diferentes matrizes teóricas e concepções de mundo. No campo do direito, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas (1959), prevê, em seu Princípio 2, que:

A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e

normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança (ONU, 1959).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma maior inovação ao se tratar dos direitos das crianças e dos adolescentes com absoluta prioridade. Foi com a promulgação da Constituição de 1988 que surgiu um novo olhar sobre a infância ao romper com o modelo punitivista do Código de Menores que vigorava durante o Regime Militar. Ademais, foi devido a CF de 1988 que se abriu caminho para a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, disposto em seu art. 227:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos [...].

§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

Em novembro de 1989, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança promulgou um código que enfatizou a urgência de a sociedade respeitar os direitos das crianças, e só então se passou a prestar mais atenção ao alerta da comunidade científica. Então, no dia 13 de julho de 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069. O Brasil foi palco de um marco legal histórico, que teve como foco crianças e adolescentes que passaram a possuir direitos próprios.

Na busca pelo reconhecimento dos direitos humanos a todas as crianças e adolescentes, independentemente de sua condição familiar ou estado social, a lei estabeleceu que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos. Alterando o direito que, antes do ECA, era fundado em necessidades, para outro baseado em interesses, de modo que, não mais se debate o tema pelo prisma da fragilidade, mas sim pela ótica da proteção integral, conferindo-os como sujeitos que merecem proteção de seus direitos da mesma forma como são oferecidos aos adultos.

Assim, Gonçalves expõe sobre a superação do direito tradicional para a era pós-moderna:

Superou-se o direito tradicional, que não percebia a criança como indivíduo e o direito moderno do menor incapaz, objeto de manipulação dos adultos. Na era pós-moderna, a criança, o adolescente e o jovem são tratados como sujeitos de direitos, em sua integralidade (GONÇALVES, 2002, p. 15).

O ECA veio regulamentar e enfatizar os direitos inerentes à classe infanto-juvenil, bem como a garantia da proteção integral. Entre tantas inovações estabeleceu de forma distinta as idades que diferem crianças e adolescentes. Em seu artigo 2º, dispõe: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

Assim, entende-se que criança é toda pessoa que não tenha completado 12 (doze) anos de idade, e adolescente aquele que possui 12 (doze) anos de idade completos até 18 (dezoito) anos incompletos, visto que, alcançado os 18 anos de idade o indivíduo deixa de ser adolescente alcançando assim a maioridade civil, conforme prevê o artigo 5º do Código Civil, Lei 10.406/02. Neste sentido:

A distinção entre “criança” e “adolescente”, como etapas distintas da vida humana, tem importância no estatuto. Em geral, ambos gozam dos mesmos direitos fundamentais, reconhecendo-se sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, o que pode ser percebido principalmente no decorrer do Livro I. O tratamento de suas situações difere, como é lógico, quando incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenção pela lei penal (SOLARI, 2010, p. 21).

De forma a assegurar a execução desses direitos surgiram conselhos como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), os conselhos tutelares, conselhos municipais e estaduais do Direito da Criança e do Adolescente, garantindo efetividade, primeiramente, do disposto no artigo 227. O *caput* ao artigo da CF supracitado estabeleceu como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

As evoluções legislativas e doutrinárias são significativas no que diz respeito à temática da proteção aos infantis, atentando-se a indiferença com que as normas anteriores lidavam com as especificidades do desenvolvimento de crianças e adolescentes. Tais previsões possibilitam o acesso ao Poder Judiciário sempre que tais garantias forem ameaçadas ou violadas. No entanto, faz-se importante reconhecer que as novas previsões legais destinadas a crianças e adolescentes não são capazes, por si só, de eliminarem os atos de abusos contra os direitos desses indivíduos:

Seria, então, ingênuo acreditar que a mera existência de novos diplomas legais afirmando a condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fosse capaz de impactar de imediato toda uma cultura estruturada em torno do que seja “criança” e sua relação com o Direito e as instituições que dela se ocupam. Bobbio já apontava o quanto pensar os fundamentos de direitos não terá qualquer importância histórica se não for acompanhado pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esta referência à historicidade dos direitos implica ver a História como aquilo em referência a que se adquire hoje a possibilidade do direito [...] (MELO, 2011, p. 11).

Nesse sentido, evidencia-se que ainda resta um longo caminho por percorrer quando se fala em proteção integral dos direitos desses indivíduos.

3 CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência como um ato que, através do uso da força ou influência psicológica, cause ou possa causar lesão, morte, dano psicológico, deficiência ou privação de desenvolvimento a outro indivíduo. Pode ser cometida em diferentes formas, como violência psicológica, física, sexual e negligência.

A violência psicológica, segundo a OMS, abrange toda forma de desrespeito ou discriminação que cause danos à autoestima ou identidade de outrem; na violência física, há uso de força física de maneira intencional que busca ferir e/ou punir outrem; na violência sexual, por meio da força ou influência psicológica, obriga-se outro indivíduo a praticar ato sexual contra sua vontade – pode variar do ato libidinoso à conjunção carnal. A negligência suprime atividades essenciais para o desenvolvimento biopsicossocial de outra pessoa, como o abandono. Não obstante, há formas de violência tipificadas como violação da lei penal, como assassinato, sequestros, roubos e outros tipos de crime contra a pessoa ou contra o patrimônio.

Nessa vertente, crianças e adolescentes, diariamente, são colocados em situação de risco, vivem situações de vulnerabilidade pessoal e social em vários contextos, como nas ruas ou em casa, pela ausência ou ineficácia das políticas públicas. São muito suscetíveis de sofrerem violência, afirma o Ministério dos Direitos Humanos. Tais situações podem ocorrer por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável e em razão da própria conduta da criança e do adolescente. Nesse sentido:

Há que se considerar que a violência contra criança e adolescente está baseada na relação de poder. Embora os adultos sejam socialmente responsáveis e autorizados a exercer o poder protetor sobre as crianças e adolescentes, ainda é recorrente o exercício de pedagogia de submissão

de crianças e adolescentes ao poder autoritário, arbitrário e violento dos adultos nas famílias, escolas, igrejas, serviços de assistência e de ressocialização. [...] Portanto, temos uma violência estrutural que retrata as enormes desigualdades econômicas e sociais (classista, adultocêntrica, machista e racista), profundamente excludente e que afeta principalmente as crianças e adolescentes pobres, colocando-as em situação de vulnerabilidade e risco do seu processo de desenvolvimento. [...] a negligência é o primeiro estágio e também o fio da meada das diferentes formas de violências praticadas contra crianças e adolescentes. Quando protegidos, cuidados, amados e respeitados eles dificilmente serão expostos a alguma forma de violência. Os danos e consequências físicas, psicológicas e sociais da negligência sofrida na infância e na adolescência são extremamente graves, pois se configuram como ausência ou vazio de afeto, de reconhecimento, de valorização, de socialização, de direitos (filiação, convivência familiar, nacionalidade, cidadania) e de pleno desenvolvimento (FALEIROS; FALEIROS, 2007, *apud* MORESCHI, 2018, p. 37).

Apesar de preceituar o ECA que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de violência, isso acontece muito, e garantir que os atos praticados contra eles sejam punidos na forma da lei enfrenta inúmeros desafios: na maioria das vezes os crimes acontecem sem testemunhas, não deixam vestígios ou as próprias testemunhas são crianças, que não estão preparadas para enfrentar a dinâmica que acontece dentro do processo penal.

Neufeld, Brust e Stein (2008, p. 539-547) apontam que um dos desafios enfrentados é a perda da memória ou até mesmo as falsas memórias que usamos para preencher lacunas após eventos traumáticos. A memória é a capacidade de armazenar informações de modo que essas possam ser recuperadas quando buscamos recordá-las, portanto é maleável, seletiva e mutável. No Direito, em que muitas vezes o processo judicial baseia-se na prova testemunhal, e nem sempre é possível produzir uma prova científica, o estudo da psicologia cognitiva assume papel fundamental.

Lansdown (2005, *apud* ZAVATTARO, 2020), em um estudo da psicologia cognitiva, “Can you hear me? The right of children to participate in decision affecting them”, de 2005, demonstra que o passar do tempo transforma nossas memórias e que, por meio de sugestões, sejam elas externas ou internas, fabricamos eventos que nunca aconteceram. Além disso, os efeitos do tempo mais importantes na modificação da memória são a possibilidade de agentes externos ou internos inverídicos e a sugestibilidade, visto que, apesar de estarem presentes na memória de todos, são mais evidentes na memória dos infantis. Nessa vertente:

Tradicionalmente, o fenômeno das “falsas memórias” pode ocorrer por interferências externas, de terceiros, de

forma acidental ou propositalmente, sugerindo informações imprecisas em nossa memória, ou por interferências endógenas, que parte de nosso próprio cérebro e “sabota” a lembrança que detemos sobre um determinado evento (ZAVATTARO, 2020, p. 81).

Zavattaro acrescenta ainda que as falsas memórias se dividem em espontâneas e sugeridas; podem decorrer de uma simples confusão mental, de uma distorção de um fato inicialmente verdadeiro e não necessariamente de maneira plantada. As falsas memórias espontâneas são meros erros da própria memória; as sugeridas podem ocorrer de forma acidental ou intencional.

Assim, na teoria do traço difusor,

[...] o pensamento cognitivo busca meios que facilitem a compreensão, o que faz com que as pessoas busquem simplificações para trabalhar com o que é essencial ao entendimento de determinados fatos. A memória não é um sistema único, mas é composta por dois sistemas (memórias de essência e memórias literais), que são armazenados independentemente e têm recuperações distintas. As falsas memórias seriam, então, erros na recordação da essência de algo que foi vivido, mas que na verdade não ocorreu (MASI, 2016, *online*).

Ademais, se automaticamente acionamos esse mecanismo de preenchimento de lacunas ao contar livremente fatos que aconteceram, imagina vítimas ou testemunhas, sobretudo infantis, quando pressionadas por terceiros durante uma inquirição judicial em que o foco principal é recuperar todos os detalhes, apenas como um instrumento para o processo.

Diversos estudos, como aponta Pisa (2006, *apud* ZAVATTARO, 2020), comprovam que entrevistas sugestivas e inquisitivas comprometem a precisão da memória dos infantis. A repetição de entrevistas e perguntas contribui para a sugestionabilidade e para as falsas memórias. Isso porque as crianças tendem a buscar satisfazer o entrevistador, fazendo com que busque novas respostas diversas das anteriores, incorporando as frases que ouviu de seus entrevistadores.

Além disso, o fato de ter que repetir e reviver diversas vezes os mesmos acontecimentos causa nos infantis vítimas ou testemunhas um novo dano, sendo obrigados a reviver a violência em prol do sistema judiciário e da persecução penal. Esse novo dano e a necessidade de relembrar a violência sofrida é que denominamos revitimização.

Com o intuito de evitar que as crianças e os adolescentes sejam revitimizados, foi criado o Projeto Depoimento Especial.

4 DEPOIMENTO ESPECIAL - CONCEITO E ORIGEM

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) publicou, em seu site oficial, matéria sobre depoimento especial. Segundo o TJDFT, o depoimento especial é a oitiva da vítima, criança ou adolescente, perante a autoridade policial ou judiciária, e tem caráter investigativo, no sentido de apurar possíveis situações de violência sofridas.

A ideia de depoimento especial surgiu em 2003 no Rio Grande do Sul, com o Desembargador Dr. Daltoé Cezar, na época juiz de direito do 2º Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre. O Desembargador implementou o método denominado Depoimento Sem Dano (DSD), de oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, cujo objetivo principal era a redução de danos e a minimização da revitimização.

Dr. Daltoé Cezar relatou que, ao longo de sua carreira, se deparou diversas vezes com situações difíceis na tomada de depoimento, principalmente de crianças e adolescentes quando vítimas ou testemunhas de violência. O Desembargador, em sua monografia, relata que, em algumas situações, as vítimas se mostravam extremamente constrangidas e alteradas, choravam incessantemente e não conseguiam relatar o ocorrido:

Recordo-me que entre os anos de 1993 e 1997, quando jurisduccionei em vara criminal na cidade de São Leopoldo, cidade de médio porte situada na região metropolitana de Porto Alegre, em audiência que se realizava para ouvida de uma vítima de estupro – a adolescente tinha apenas 12 anos, o exame de corpo de delito atestava o recente desvirginamento, e estava ela bastante traumatizada, chorando e apresentando dificuldades de conter as suas emoções – perguntou o advogado de defesa, com um ar até jocoso, se ela tinha atingido o orgasmo (gozado) naquela relação. Por óbvio a pergunta foi indeferida, assim como o advogado advertido da impropriedade de suas indagações; todavia, o prejuízo já havia ocorrido, a vítima não foi respeitada em um momento de extrema dor (CEZAR, 2006, p. 83).

Nessa conjuntura, o Desembargador Daltoé iniciou seus estudos em busca de um método alternativo de tomada de depoimento das vítimas para evitar a exposição à qual elas estavam constantemente expostas no método tradicional. Baseou seus estudos nas áreas da psicologia e da psicanálise para delinear as características de um método que preservasse os princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa e protegesse as vítimas e testemunhas de uma vitimização secundária.

Seus estudos o levaram à obra da promotora de justiça Dra. Velela Dobke – “Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar” –, a qual defende dois modelos de inquirição de crianças e adolescentes, baseados em padrões utilizados em outros países:

a) Sistema de videoconferência, com a criação de um espaço que permitisse a escuta da vítima sem que ela necessitasse estar presente na sala de audiências;

b) A escuta da vítima por meio de uma sala de vidro espelhado, na qual os operadores do direito permanecem em uma sala contígua à sala de entrevista, vendo e assistindo o depoimento, podendo em momentos apropriados interagir com o técnico que facilita a escuta.

A partir disso, em 2003, foi implantado em caráter experimental a técnica Depoimento Sem Dano. Em 2004, o método foi institucionalizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por Ato do Conselho da Magistratura.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou por unanimidade a recomendação nº 33, documento que leva em consideração princípios do ECA, da Constituição Federal e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, recomendando a criação e o emprego de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, reconhecendo o Depoimento Especial como método de inquirição, método de inquirição pautado nos mesmos princípios embasadores da técnica Depoimento Sem Dano, porém com nomenclatura denominada mais adequada pelo CNJ.

Em abril de 2017, foi promulgada a Lei n. 13.431, que promoveu alterações no ECA, estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, e foram positivados na presente legislação os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial.

5 LEI N. 13.431/17 – SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA

O Processo Penal formulado no Brasil esperava da vítima apenas sua cooperação para a persecução penal e para a identificação do ofensor; não se preocupava com a vítima/testemunha como um sujeito detentor de direitos e vontades.

O direito dos infantis em serem ouvidos e participarem dos processos em que figuram como vítimas ou testemunhas abrange a necessidade de reconstruir um lugar em que sejam capazes de se expressarem, não apenas de serem ouvidos, mas que seu depoimento e emoções sejam considerados. A emissão de sua opinião não é obrigatória, e não havendo vontade de falar sobre os fatos deve ser respeitado, mas manifestado seu desejo de falar, sendo vítima ou testemunha em litígio de seu interesse, o direito impõe ao Poder Judiciário o dever de sua oitiva.

Sancionada em 4 de abril de 2017, a Lei n. 13.431, originalmente de âmbito criminal, porém de grande repercussão familiar, com objetivo de proteção às crianças e adolescentes, estabeleceu o sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente testemunhas ou vítimas de violência, de forma a diminuir a revitimização e garantir sua participação nos processos de seus interesses, de maneira segura e acolhedora.

Baseada na tomada de depoimentos especiais em diferentes países e em normas internacionais, a Lei n. 13.431 procurou suprir a falta de legislação que regulamentasse e protegesse os direitos das crianças e adolescentes expostas ao sistema judicial, como testemunhas ou vítimas de diferentes tipos de violência – institucional, sexual, psicológica ou física.

A aplicabilidade da Lei n. 13.431/17 levou em consideração o critério etário para definir a aplicação da legislação. Em seu artigo 3º, parágrafo único, expõe:

Art. 3º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, às quais o Estado, a família e a sociedade devem assegurar a fruição dos direitos fundamentais com absoluta prioridade.

Parágrafo único. A aplicação desta Lei é facultativa para as vítimas e testemunhas de violência entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, conforme disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 2017).

Ademais, torna-se obrigatória sua utilização para crianças e adolescentes que serão ouvidos sobre situações de violência, como preconiza seu artigo subsequente em seu §1º:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

§ 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial (BRASIL, 2017).

O artigo 4º, além de garantir que a nova legislação seja aplicada a crianças e adolescentes em situações de violência define o critério da violência. Elucida a violência física; a psicológica que inclui bullying, testemunhas de crimes e alienação parental; a violência sexual, abuso sexual, tráfico de pessoas e a exploração sexual; a violência institucional, praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive a revitimização. Dentre as grandes inovações trazidas pela nova lei, destaca-se a primeira vez que a legislação define a violência institucional. Em seu artigo 5º, traz inovação nos instrumentos de proteção, designando direitos e garantias específicos no qual encontramos como princípios norteadores o de serem ouvidos, poderem expressar opiniões e desejos e o de permanecer em silêncio, garantindo ainda o direito de receber assistência jurídica e psicossocial qualificada.

Estabelece a escuta protegida:

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (BRASIL, 2017).

De forma a garantir maior proteção aos infantis ao depor, estabelece-se que o ambiente seja acolhedor e o depoimento seja gravado; evita-se que a criança ou o adolescente necessite passar por vários depoimentos, revivendo a situação de violência e minimizando o processo de revitimização.

Propõe a criação de Centros de Atendimentos Integrados, que contará com equipes multidisciplinares com atendimento especializados para acolher crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, conforme artigos seguintes:

Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

Art. 14. As políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência.

Art. 16. O poder público poderá criar programas, serviços ou equipamentos que proporcionem atenção e atendimento integral e interinstitucional às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, compostos por equipes multidisciplinares especializadas. Parágrafo único. Os programas, serviços ou equipamentos públicos poderão contar com delegacias especializadas, serviços de saúde, perícia médico-legal, serviços socioassistenciais, varas especializadas, Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros possíveis de integração, e deverão estabelecer parcerias em caso de indisponibilidade de serviços de atendimento.

Art. 17. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), serviços para atenção integral à criança e ao adolescente em situação de violência, de forma a garantir o atendimento acolhedor.

Art. 18. A coleta, guarda provisória e preservação de material com vestígios de violência serão realizadas pelo Instituto Médico Legal (IML) ou por serviço credenciado do sistema de saúde mais próximo, que entregará o material para perícia imediata, observado o disposto no art. 5º desta Lei (BRASIL, 2017).

Tais Centros já são uma realidade nacional e existem em diversas cidades como Brasília, Rio de Janeiro, Porto Alegre, entre outras. Contam com as atribuições específicas e complementares entre os órgãos da saúde, segurança pública, assistência social, educacional e do sistema de justiça, de forma a acolher as vítimas ou testemunhas de violência.

A lei buscou também avaliar a capacidade de proteção das famílias, do Estado em apoiá-las e não só de coibir os atos criminosos, reforçando o papel dos conselhos tutelares, cabendo a eles aplicar as devidas medidas de proteção, devendo acolhê-los, escutá-los e encaminhá-los às instituições necessárias.

O Conselho Tutelar deve falar com os familiares e outras pessoas, evitando, quando possível, não ouvir as vítimas ou testemunhas da violência para que o depoimento não seja contaminado e que a escuta dessas pessoas seja especializada e feita em local apropriado. O relato deverá ser limitado ao necessário, a fim de proteger e encaminhar as vítimas e testemunhas a falar em depoimento especial, local destinado à investigação dos fatos. Além disso, a legislação induz o Estado à criação de órgãos, delegacias e varas especializadas no atendimento de vítimas ou testemunhas de violência, demanda essa ainda pouco implementada.

A legislação estabelece dois tipos de procedimentos de escuta em que a escuta protegida é o gênero. A escuta especializada que será utilizada nos serviços de assistência social ou centros de saúde em que a criança ou adolescente serão atendidos, devendo limitar-se a perguntar somente o que for estritamente necessário para o desempenho da sua finalidade. Em contrapartida, o depoimento especial acontecerá perante autoridade policial e judicial, em um ambiente preparado e acolhedor, por profissionais capacitados de acordo com o protocolo de entrevista, seguindo então o rito cautelar de antecipação de prova.

Fica claro com a redação do artigo 11 da referida lei que a produção antecipada de provas será obrigatória sempre que se tratar de violência sexual ou nos casos de alienação parental, bullying ou testemunhas, em se tratando de crianças menores de 7 anos.

Elucidado no §1º acima e complementado com o artigo 21 da Lei n. 13.431/17, em regra, a vítima ou testemunha prestará depoimento somente uma vez em Ação Cautelar de Antecipação de Prova. Nesse sentido:

O depoimento especial perante autoridades policiais ou judiciárias, que obrigatoriamente deverão possuir capacitação suplementar para conduzir tal ato, deverá tramitar, por determinação legal, em todo tempo, em segredo de justiça, sendo realizado, sempre que possível, uma única vez, em sede de produção antecipada de prova

judicial, garantida a ampla defesa do investigado, devendo ser gravado em áudio e vídeo, e realizado em local seguro, protegido, apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam tratamento digno e abrangente, respeitando a privacidade e a preservação da intimidade e das condições pessoais da criança e do adolescente (SILVA, 2020, *online*).

Sendo o depoimento especial de responsabilidade da autoridade policial, casos em que a violência a ser apurada se tratar de infração penal, tal ato deverá ser supervisionado pelo juiz das garantias, face às inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019.

No artigo 12 da lei, ficou disposta a aplicação do procedimento depoimento especial, que será colhido por profissional especializado que orientará a criança e ao adolescente sobre a tomada do depoimento, informando-lhes seus direitos e os procedimentos que serão adotados. O depoimento será gravado em vídeo, mas, se a vítima/testemunha preferir, poderá prestar depoimento direto ao magistrado, conforme lhes é garantido.

Encontramos medidas protetivas para a criança e o adolescente, contra o autor da violência, nos artigos 6º e 21 da lei, além de facultar a autoridade policial, quando achar necessário, requisitar à autoridade judicial medida de proteção pertinentes, sendo essa uma das grandes inovações trazidas pela nova legislação, o direito de a autoridade requisitar medidas protetivas para crianças e adolescentes, que antes só era possível na Lei Maria da Penha.

É no artigo 14 que vislumbramos o marco legal de proteção dos vulneráveis. No referido artigo, abandonou-se a recomendação e estabeleceu como a proteção acontecerá, determinando o sistema de garantias que coordena e pressupõe a articulações das atividades das quais faça parte.

Art. 14. As políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência.

§ 1º As ações de que trata o caput observarão as seguintes diretrizes:

I - abrangência e integralidade, devendo comportar avaliação e atenção de todas as necessidades da vítima decorrentes da ofensa sofrida;

II - capacitação interdisciplinar continuada, preferencialmente conjunta, dos profissionais;

III - estabelecimento de mecanismos de informação, referência, contrarreferência e monitoramento;

IV - planejamento coordenado do atendimento e do acompanhamento, respeitadas as especificidades da vítima ou testemunha e de suas famílias;

V- celeridade do atendimento, que deve ser realizado imediatamente - ou tão logo quanto possível - após a revelação da violência;

VI - priorização do atendimento em razão da idade ou de eventual prejuízo ao desenvolvimento psicossocial, garantida a intervenção preventiva;

VII - mínima intervenção dos profissionais envolvidos; e

VIII - monitoramento e avaliação periódica das políticas de atendimento.

§ 2º Nos casos de violência sexual, cabe ao responsável da rede de proteção garantir a urgência e a celeridade necessárias ao atendimento de saúde e à produção probatória, preservada a confidencialidade (BRASIL, 2017).

Cumprido salientar ainda a instituição da penalização para quem violar o sigilo processual:

Art. 24. Violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 2017).

Permitir que o depoimento dos infantes seja assistido por pessoa sem autorização judicial, estranha ao processo, ou sem autorização do representante legal ou do depoente, sujeitará a pena acima mencionada, a fim de preservar o respeito e o princípio da dignidade da pessoa humana como direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal.

6 POSIÇÕES DESFAVORÁVEIS

As críticas que envolvem o depoimento especial vão além dos aspectos técnicos-processuais e jurídicos, abrangendo perspectivas interdisciplinares.

O Conselho Regional de Psicologia posicionou-se, em nota técnica, de forma totalmente contrária ao procedimento do depoimento especial de escuta de crianças e adolescentes.

Em 24/01/2018, o Conselho Federal de Psicologia emitiu a Nota Técnica 1/2018, que versa sobre os impactos da Lei n. 13.431/2017 na atuação de psicólogos, recomendando que, dentre outras questões a serem observadas, esses profissionais não realizem inquirição de crianças e adolescentes por meio do depoimento especial.

No mesmo sentido, o IX Plenário do Conselho Regional de Psicologia – 12ª Região (2018), posicionou-se:

[...] 4. Os diferentes equipamentos e serviços na área de saúde, assistência social, educação, segurança pública e

justiça possuem finalidades específicas a serem cumpridas, as quais devem ser consideradas em conjunto com as prerrogativas que embasam a profissão como, por exemplo, o Código de Ética Profissional do/a Psicólogo/a. Nesse contexto, entende-se que as práticas de cuidado são desenvolvidas numa perspectiva intersetorial, onde diferentes profissionais são convocadas/os a oferecer suas possibilidades de intervenção para que, em conjunto, se possa promover contextos de proteção aos direitos e ao desenvolvimento saudável, principalmente, de crianças, adolescentes e suas famílias. A Psicologia se insere e é parte desse cenário, tendo em vista sua potencialidade de ação. Por outro lado, precisa ter suas especificidades metodológicas e técnicas respeitadas, posto que o trabalho que se propõe a intervir no campo da subjetividade deve levar em conta a complexidade com que os fenômenos psíquicos emergem, são acessados, compreendidos e abordados ao longo do tempo. Em outras palavras, em vez de asseverar a veracidade de um fato, cabe à/ao psicóloga/o compreender as diversas nuances que o envolvem, na história pessoal, familiar e comunitária de cada sujeito, oportunizando formas de cuidado e proteção que correspondam ao objeto dessa ciência e profissão. Ademais, a/o psicóloga/o, neste contexto, é uma/um profissional capaz de contribuir com subsídios (perícia) para que a tomada de decisão sobre a veracidade ou não dos fatos, competente ao Sistema de Justiça, esteja alicerçada em informações fidedignas;

[...] 7. A Psicologia, enquanto ciência e profissão, é capaz de auxiliar a promoção e a proteção dos direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violências. Contudo, frente às interpretações sobre o fenômeno em tela expressos nos conceitos, na proposição de métodos e atribuições de funções conforme a Lei 13.431/2017, não se encontra lugar para a práxis das/os psicólogas/os, especialmente no tocante ao depoimento especial. Como resposta possível a essa demanda, entende-se que a Psicologia possui instrumentos de intervenção, a exemplo das avaliações psicológicas e dos documentos decorrentes destas. Se a atuação das/os psicólogas/os é chamada a contribuir na produção de provas, quando isto se fizer possível, que estas sejam técnicas (CONSELHO..., 2018).

Firma entendimento que, apesar de o depoimento especial ser proposto com objetivo de proteger os infantis vítimas ou testemunhas de violência, a técnica violaria sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a dignidade do depoente, colocando-o no processo como objeto de prova à elucidação dos fatos.

Ademais, alega-se que, ao adotar tal procedimento, colocaria o profissional psicólogo na condição de coletor de provas e reprodutor de perguntas, desviando-os por completo de suas atribuições e impedindo que o inquirido retratasse o abuso sofrido de maneira espontânea e real.

O Conselho Federal de Serviços Sociais destaca a gravidade de se atribuir aos assistentes sociais a função de agentes capacitados para realizar a oitiva das vítimas ou testemunhas de violência; uma vez que caracteriza evidente desvio de suas atribuições, constata-se uma evidente precariedade de equipes multidisciplinar do Poder Judiciário. Outra crítica que se faz ao depoimento especial é não respeitar o real desejo do depoente; aqui, entende-se que a vítima ou testemunha é obrigada a falar a respeito dos fatos, mesmo quando não o quisesse, fazendo menção à violação do direito ao silêncio. Se a lei prevê que o depoimento é de liberdade da vítima ou testemunha, pressupõe-se que vá dizer o que pretende, sem qualquer intervenção profissional, que só está autorizada a se manifestar quando necessário, por meio de perguntas que só serão feitas quando o magistrado julgar pertinentes, voltadas à elucidação dos fatos.

As críticas residem, ainda, no fato de que o procedimento do depoimento especial conduziria à possibilidade de que determinadas técnicas acabassem criando memórias nas vítimas que não correspondam à realidade, mas sim introduzidas pelo profissional terapêutico. Nesse sentido:

Como ressaltamos posicionamentos contrários, o fato de a técnica ter mudado de denominação denota a arrogância do antigo nome “depoimento sem danos”, eis que pressupunha a ausência de dano mesmo antes de realizado o ato, reforçando o posicionamento de que a oitiva não pode equivaler a um espetáculo punitivo do bem. Ainda que de boa-fé e amparado na lógica de se estar auxiliando na punição dos agressores, as vítimas devem ser adequadamente assistidas pelo Estado. E, para tanto, o único mecanismo democrático é o devido processo penal, acolhendo-se as posições dos Conselhos Profissionais que apontam a existência de métodos menos ingênuos, como a entrevista cognitiva e laudos qualificados (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, *online*).

A condicionante que se faz não atua no sentido de se evitar o procedimento depoimento especial, mas na necessidade de se priorizar um conjunto probatório que não se ampare exclusivamente na palavra da vítima.

7 POSIÇÕES FAVORÁVEIS

Apesar das críticas apresentadas, existem também argumentos que defendem a implementação e utilização do procedimento depoimento especial. Muitos profissionais, não apenas da área do direito, mas da assistência social e da psicologia, se posicionam favoráveis à metodologia, de maneira que, para os autores que apoiam o depoimento especial, prioriza-se a absoluta proteção de crianças e adolescentes,

evitando a sua revitimização pelo sistema que deveria protegê-las, resguardando o princípio da dignidade humana.

Incumbido de criar um ambiente acolhedor para a criança e para o adolescente, o Depoimento Especial busca respeitar o direito de expressão do depoente conjuntamente com a priorização de sua proteção. O Desembargador Cezar (2016, p. 31) rebate algumas das principais críticas como, por exemplo, a possibilidade de substituir o depoimento dos infantes por laudos ou perícias. Nesse sentido:

[...] a perícia, seja ela de qual espécie for (psicológica ou social) não respeita o princípio do contraditório, já que não envolve a participação direta das partes na produção de provas. Além disso, as perícias apresentam uma perspectiva temporal, refletindo apenas o momento atual da vítima, enquanto o depoimento se baseia na memória dos fatos (CEZAR, 2016, p. 31).

Nessa vertente, Potter (2019, p. 40-43) posiciona-se no sentido da garantia do melhor atendimento às vítimas e da responsabilização do agressor. Para a autora, é imprescindível que os infantes sejam protegidos pelo sistema judicial, visto que a própria inquirição em juízo pode causar sua revitimização. É em sentido favorável que Potter defende que assistentes sociais e psicólogos são os profissionais mais capacitados para atuar como mediador da justiça na oitiva das vítimas ou testemunhas de violência, principalmente a violência sexual.

Hoffmeister (2013, p. 29-58), assistente social, defende a utilização do depoimento especial; enxerga a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, e sob a ótica da proteção se assegura a dignidade, não discriminação e melhores interesses.

A psicóloga Beatrice Marinho Paulo (2012, p. 349-368) defende a utilização da técnica depoimento especial na inquirição de crianças e adolescentes, salientando que o procedimento atende aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, proporciona um ambiente confortável com um profissional capacitado, em que não sofrerá constrangimento com perguntas indiscretas, além da vítima/testemunha não precisar encarar o agressor e familiares omissos.

Critica posicionamentos que denegam o depoimento especial, afirma que o medo da revitimização da criança pelo procedimento é infundado, uma vez que o abuso pode acontecer de maneira confidencial, de difícil constatação por exames físicos e não raras vezes com a convivência de familiares, inclusive da mãe.

Posiciona-se contrariamente ao CFP; enfatiza que psicólogos também atuam na área jurídica e devem trabalhar interdisciplinarmente, mas ressalva que o procedimento depoimento especial deve ser utilizado apenas em casos estritamente necessários e não de maneira irrestrita como depor em processos que não lhe diga respeito diretamente.

8 POSIÇÕES DOS TRIBUNAIS

Antes da promulgação da Lei n. 13.431, os Tribunais Superiores já se posicionavam favoravelmente à utilização do procedimento depoimento especial para inquirição de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

Em conformidade às Cortes Superiores, a inquirição dos infantis em salas preparadas e separadas não desprezita o processo, haja vista que se deve considerar sua condição de pessoa em desenvolvimento e a necessidade de proteção aos seus direitos.

Em 2013, no Habeas Corpus nº 226.179 - RS, os Ministros da 5ª Turma do STJ entenderam cabível a produção de prova antecipada nos casos de suspeita de violência sexual praticada contra crianças e adolescentes em razão da relevância e urgência do seu teor.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. ARTIGO 156, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA PLEITEADA ANTES DE DEFLAGRADA A AÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM A MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA URGÊNCIA DA OITIVA ANTECIPADA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, a prova poderá ser produzida antecipadamente, até mesmo antes de deflagrada a ação penal, desde que seja urgente e relevante, exigindo-se, ainda, que a medida seja necessária, adequada e proporcional. 2. A relevância da oitiva das menores é incontestável, e sua condição de crianças suspeitas de haverem sido abusadas sexualmente é suficiente para que se antecipe a produção da prova testemunhal, estando demonstrada a urgência da medida, vale dizer, que os seus depoimentos irão se perder ou não serão fidedignos caso sejam colhidos no futuro. 3. Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize situação excepcional, o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do ‘depoimento sem dano’, respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado. 4. A colheita antecipada das declarações de menores suspeitos de serem vítimas de abuso sexual, nos moldes como propostos na hipótese, evita que revivam os traumas da violência supostamente sofrida cada vez que tiverem que ser inquiridos durante a persecução criminal. 5. Habeas corpus não conhecido (HC Nº 226.179 – RS 2011/0282360-5. Rel. Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2013).

Para a corte, a suspeita da prática de crimes de cunho sexual contra crianças e adolescentes justifica a produção antecipada de prova, por profissionais especializados e em ambiente especializado. Nota-se que, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 13.431/17, as cortes superiores já respaldavam o dever de garantir aos infantis sua proteção integral.

No mesmo sentido, no Habeas Corpus nº 244.559 – DF, o Ministro Relator determinou que a inquirição por meio do depoimento especial não configura nulidade da inquirição, tampouco desrespeito ao direito de ir e vir do acusado:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. PRETENSÃO DE QUE SE DETERMINE A OITIVA DAS VÍTIMAS EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA E DE ACÓRDÃO DECORRENTE DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, NA QUAL A TESE FOI REBATIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PERDA DO OBJETO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OITIVA DAS VÍTIMAS POR MEIO DE PROFISSIONAL HABILITADO E EM LOCAL DIFERENCIADO. HIPÓTESE DE ‘DEPOIMENTO SEM DANO’, ADMITIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. PROTEÇÃO DA VÍTIMA MENOR, EM CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO. PONDERAÇÃO. PREVALÊNCIA SOBRE A PUBLICIDADE. [...] 4. Ainda que assim não fosse, este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Tribunal a quo, tem reiteradamente decidido que, nos crimes sexuais praticados, em tese, contra crianças e adolescentes, a inquirição da vítima por meio de profissional preparado e em ambiente diferenciado, denominado ‘depoimento sem dano’, não configura nulidade ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do acusado. Precedentes. 5. Trata-se de medida excepcional, destinada a evitar que as vítimas sejam submetidas aos traumas da violência sexual, em tese, perpetrada pelo agressor, devendo prevalecer sobre a publicidade do ato processual, considerando-se, sobretudo, a condição peculiar das vítimas, de pessoas em desenvolvimento, nos termos do art. 227 da Constituição da República, c/c o art. 3º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. Writ não conhecido. HC Nº 244.559 - DF (2012/0114339-7). Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016.

Trata-se de uma situação excepcional para evitar a exposição da vítima a novas situações de abuso, levando em consideração sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Recentes decisões consolidam o entendimento a favor do depoimento especial e da proteção da criança ou do adolescente dentro do processo:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO SEM DANO. MEDIDA EXCEPCIONAL. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 12, I E II, DA LEI 13.431/17. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE FATOS. SÚMULAS 7/STJ E 282/STF. AUTORIA DOS DELITOS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. CRIME CONTRA OS COSTUMES. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Considerando o caráter manifestamente infringente da oposição, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os embargos de declaração como agravo regimental. 2. Assevere-se, inicialmente, que "esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do 'depoimento sem dano', em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 8/10/2013, DJe 16/10/2013 [...]) 7. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento (STJ - AgRg no AREsp: 1612036 RS 2019/0326219-4, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 05/03/2020, T5-QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2020).

Portanto, comprova-se que o depoimento especial já era aceito como procedimento para inquirição de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, assim como já se encontra pacificada pela jurisprudência do STJ e STF a produção antecipada de provas, bem como a necessidade de proteger crianças e adolescentes por parte do estado, argumento que consolida a figura do depoimento especial no direito processual brasileiro.

9 CONCLUSÃO

O depoimento judicial pode ser um momento bastante traumático para a vítima, ou até mesmo para a testemunha de um crime. Ao falar em crimes de violência contra crianças e adolescentes, depara-se com uma situação muito mais delicada. O

procedimento depoimento especial surge como uma forma de o Poder Judiciário, ao mesmo tempo respeitar os pressupostos processuais, como os institutos da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, garantir e efetivar a obrigação estatal na proteção de crianças e adolescentes, quando partes em processos de seus interesses.

Ademais, cumpre elucidar que a regulamentação do procedimento depoimento especial trouxe para o Processo Penal maior discricionariedade tanto para os magistrados no momento da tomada de depoimento, quanto para os agentes policiais quando da escuta especializada, conferindo a eles poderes de decisões que antes não existiam e que conseqüentemente suavizam e facilitam a condução do processo.

No que tange ao procedimento do depoimento especial, pode-se afirmar que é um método eficaz na produção de provas em processos, ao passo que também cumpre com o dever da proteção integral – uma temática que, hoje, é de suma importância ao se falar na inquirição de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, uma vez que atende os princípios e direitos dos infantis, considerando-os como sujeitos de direitos, preservando sua dignidade e garantindo seu direito de expressão.

Entretanto, é imprescindível que se utilizem os profissionais adequados e capacitados para tal tarefa, caso contrário o método que busca evitar a revitimização da criança e do adolescente em situação de vulnerabilidade poderia contribuir para uma nova vitimização.

Embora positivado e pacificado pela jurisprudência no direito brasileiro, o depoimento especial ainda sofre críticas quanto a sua eficácia de proteção. Apesar disso, o procedimento cumpre satisfatoriamente a função para a qual foi criado, podendo ser utilizado como único meio de prova em casos em que não seja possível a comprovação do suposto abuso de outras maneiras sem ferir diretamente princípios constitucionais e processuais e principalmente sem revitimizar a vítima ou testemunha da violência.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1990.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 226.179/RS**. Paciente: S. S. M. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 08 de outubro de 2013. DJe. Brasília, 16 out. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274988/habeas-corporus-hc-226179-rs-2011-0282360-5-stj/inteiro-teor-24274989>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 224.559**. Paciente: P.D.F. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 07 de abril de 2016. DJe. Brasília, 20 abr. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340003122/habeas-corporus-hc-244559-df-2012-0114339-7/inteiro-teor-340003132>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 0018543-30.2017.8.21.0023 RS 2019/0326219-4**. Agravante: F. O. M. N. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 05 de março de 2020. DJe. Brasília, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857233225/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1612036-rs-2019-0326219-4/inteiro-teor-857233254>. Acesso em: 13 set. 2021.

CEZAR, J. A. D. Depoimento Sem Dano/Depoimento Especial – treze anos de uma prática judicial. *In*: PÖTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (org.). **Depoimento Especial de crianças e adolescentes**: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. cap. 1.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA. **Nota de posicionamento do CRP-12 sobre a escuta especializada e o depoimento especial**. Santa Catarina – 12ª Região, 27 set. 2018. Disponível em: <https://crpsc.org.br/noticias/nota-de-posicionamento-do-crp-12-sobre-a-escuta-especializada-e-o-depoimento-especial>. Acesso em: 15 set. 2021.

GONÇALVES, M. D. A. **Proteção Integral – Paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno**. Porto Alegre: Alcance, 2002.

HOFFMEISTER, M. V. **Entre quatro paredes**: a intervenção profissional do assistente social na tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em situação de abuso sexual. Porto Alegre: Lumen Juris, 2013.

LOPES JÚNIOR, A.; ROSA, A. M. da. Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais. **Consultor jurídico**, 23 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>. Acesso em: 03 set. 2021.

MASI, C. V. As falsas memórias no processo penal. **Canal Ciências Criminais**, 21 ago. 2016. <https://canalcienciascriminais.com.br/falsas-memorias-no-processo-penal-parte-1/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MELO, E. R. **Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça: uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MORESCHI, M. T. **Violência contra crianças e adolescentes: análise de cenários e propostas de políticas públicas**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/crianca-e-adolescente/violencia-contra-criancas-e-adolescentes-analise-de-cenarios-e-propostas-de-politicas-publicas-2.pdf>. Acesso em 14 maio 2021.

NEUFELD, C. B.; BRUST, P. G.; STEIN, L. M. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 13, p. 539-547, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/JWDD7thVQZjYqcwjz5Ywk7C/?format=html>. Acesso em: 16 jun. 2021.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. 1959. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 maio 2021.

PAULO, B. M. Nadando contra a corrente: um outro olhar sobre a participação de psicólogos na inquirição de crianças. In: PAULO, B. Ma. (coord.). **Psicologia na Prática Jurídica: a criança em foco**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÖTTER, L. Lei n. 13431/2017: a escuta protegida e os desafios da implementação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: PÖTTER, L. (org). **A escuta protegida de crianças e adolescentes: os desafios da implantação da Lei nº 13.431/2017**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2019. cap.1. p. 25-48.

SILVA, F. S. e. Os impactos do pacto anticrime no procedimento do depoimento especial. **IBDFAM**, 30 set. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1568/Os+impactos+do+pacto+anticrime+no+procedimento+do+depoimento+especial> Acesso em: 17 set. 2021.

SOLARI, U. C. Artigo 2º. In: CURY, M. (coord). **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 05-10.

ZAVATTARO, M. dos S. **Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a lei n. 13.431/17**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.