



ORGANIZADORES
FRANCISCO JOSÉ VILAS BOAS NETO
GRACIANE RAFISA SALIBA
MÁRCIO EDUARDO S. N. P. MORAIS
SÔNIA CRISTINA FAGUNDES MALTA

**ESTUDOS RELEVANTES
DE DIREITO**

**XIV JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS
DA FACULDADE DE PARÁ DE MINAS**

ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO

XIV JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA
FACULDADE DE PARÁ DE MINAS

Organizadores
Francisco José Vilas Boas Neto
Graciane Rafisa Saliba
Márcio Eduardo S. N. P. Moraes
Sônia Cristina Fagundes Malta

ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO

XIV JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA
FACULDADE DE PARÁ DE MINAS

Faculdade de Pará de Minas

Diretoria

Marcus Vinícius Barbosa de Araújo
Karine Doria de Aguiar



Rua. Ricardo Marinho, 110, São Geraldo,
Pará de Minas - MG, CEP: 35660-398.
Telefone: 37 3237-2027.
<https://fapam.edu.br/>

Toda a responsabilidade pelo conteúdo publicado desta edição pertence aos autores.

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Fapam. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

ISBN: 978-65-996386-1-9

Editoria

Jordeilson de Lana Silva

Texto

Francisco José Vilas Boas Neto
Graciane Rafisa Saliba
Márcio Eduardo S. N. P. Morais
Sônia Cristina Fagundes Malta

Arte e Diagramação

Jordeilson de Lana Silva

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Professor Mello Cançado

E82

Estudos relevantes de direito: XIV jornada de estudos jurídicos da Faculdade de Pará de Minas / Francisco José Vilas Boas Neto; Graciane Rafisa Saliba; Márcio Eduardo S. N. P. Morais; Sônia Cristina Fagundes Malta [Org.]. -- Pará de Minas: Editora FAPAM, 2021.
155 p.

Vários autores.
Vários colaboradores.
ISBN: 978-65-996386-1-9

1. Direito. 2. Estudos Jurídicos. I. Boas Neto, Francisco Vilas. II. Saliba, Graciane Rafisa. III. Morais, Márcio Eduardo S. N. P.. IV. Malta, Sônia Cristina Fagundes. V. Título.

CDD: 340
CDU: 34

Bibliotecário: Jordeilson de Lana Silva – CRB-6/3518

PREFÁCIO

A Jornada de Estudos Jurídicos da Faculdade de Pará de Minas (FAPAM) chegou à sua décima quarta edição no ano de 2021.

Como novidade para essa edição, o corpo discente, formado por alunos do primeiro ao décimo período, orientados pelos professores do curso, teve a oportunidade de apresentar trabalhos e pesquisas sobre os mais variados temas jurídicos e dentro dos diversos ramos que o Direito comporta.

O curso de Direito da FAPAM foi criado em 2004, tornando-se uma referência para o ensino jurídico não apenas para o Centro-oeste mineiro, mas para todo o interior de Minas Gerais. Desde a sua criação, houve uma imensa preocupação com a realidade local e por isso o curso foi pensado para que os alunos se tornassem não apenas juristas competentes, mas críticos sociais que buscam contribuir para a melhora da vida das pessoas da cidade de Pará de Minas e de toda a região.

A Faculdade de Pará de Minas, enquanto Faculdade Católica, possui uma intensa preocupação com a formação humanista dos seus estudantes e por isso, desde os primeiros passos no ensino superior, os alunos são alertados e motivados sobre a responsabilidade social que possuem.

É por isso que na FAPAM a preocupação não é com a simples reprodução do conhecimento contido nos manuais e códigos, mas com a produção crítica e científica do conhecimento jurídico, tendo

por base a realidade local. O ponto de partida para essa inflexão se dá na perspectiva de que o conhecimento produzido nas academias é inútil se ele não ultrapassar os muros da Faculdade.

Com essa consciência de responsabilidade social, temos a imensa satisfação de apresentar para a comunidade acadêmica esse livro. Aqui serão encontrados textos jurídicos escritos por alunos e professores da FAPAM, a partir da experiência que os estudantes tiveram durante a formação e estágio, bem como a partir das dificuldades percebidas e analisadas do contexto social local.

Os textos foram inicialmente apresentados durante a XIV Jornada de Estudos Jurídicos que ocorreu nos dias vinte e um, vinte e dois e vinte e três de setembro do ano de 2021.

É assim, com uma incalculável satisfação, que apresentamos os resultados dos trabalhos e das pesquisas realizadas.

Francisco José Vilas Boas Neto
Coordenador do Curso de Direito

SUMÁRIO

UNIDADE I: apresentação dos Grupos de Trabalho I (Relações privadas na sociedade contemporânea) e IV (Novos direitos e transdisciplinaridade.....	11
A multifuncionalidade e o contrato multifuncional em face do desvio e acúmulo de função no ordenamento jurídico brasileiro	13
Os impactos das normas de proteção justralhistas para as mulheres no mercado de trabalho contemporâneo.....	23
Poliamor: a nova forma de constituição familiar	33
A utilização de uniformes nas escolas e a desconsideração da individualidade no estado democrático de direito.....	43
UNIDADE II: apresentação do Grupo de Trabalho II (Constitucionalismo Democrático e Direito Público)	53
Cidadania e redes sociais: estratégias e desafios	55
A aplicação da pena de multa aos hipossuficientes	65
A administração pública e a lei geral de proteção de dados	75
A função dos notários e registradores e a obrigação de prestar informações ao COAF	81
Limitações quanto ao inquérito policial na atualidade.....	87
UNIDADE III: apresentação do Grupo De Trabalho III (Processo e Estado Democrático de Direito).....	95
O princípio da não culpabilidade e o ordenamento jurídico brasileiro	97
Os reflexos sociais e jurídicos gerados pela mídia sensacionalista.....	107
Inconstitucionalidade do artigo 310, §2º do código de processo penal, incluído pelo pacote anticrime.....	119
Correlações sobre a instrumentalidade do sistema processual, a racionalidade instrumental e o pragmatismo.....	129
O resp 1.854.847 e a possibilidade de utilização das técnicas processuais estruturais.....	139

UNIDADE I

Apresentação dos Grupos de Trabalho 1 (Relações privadas na sociedade contemporânea) e 4 (Novos direitos e transdisciplinaridade)

É com muito orgulho que apresentamos à comunidade acadêmica o resultado dos trabalhos da XIV Jornada Jurídica da Faculdade de Pará Minas – Fapam. A Faculdade de Pará de Minas, com mais de 50 anos de tradição no ensino superior e referência no Estado, vem desenvolvendo um importante trabalho de incentivo à pesquisa discente e docente. Isso fica muito evidente com alto nível do livro que estamos a apresentar.

O Grupo de Trabalho 1, com a temática central as Relações privadas na sociedade contemporânea, foi composto de dois excelentes textos. O primeiro intitulado de “A multifuncionalidade em face do desvio de acúmulo de função no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria do discente Rafael Vitor Silva Marques e coautoria da Professora Graciane Saliba, aborda as questões inerentes ao exercício de uma função na relação de emprego e as múltiplas tarefas que os empregados são obrigados a cumprirem, principalmente em função do desenvolvimento tecnológico. Já o segundo texto, intitulado de “Os impactos das normas de proteção trabalhista para as mulheres no mercado de trabalho contemporâneo”, escrito pelas alunas Giovana Rodrigues Silva e Giovana Oliveira de Melo Alves, também em coautoria com a professora Graciane Saliba, aborda os problemas enfrentados pelas mulheres no mercado de trabalho extremamente discriminatório e injusto com as mesmas.

O Grupo de Trabalho 4, com a temática central Novos Direitos e transdisciplinaridade, também demonstra extrema qualidade e excelência dos textos e temas desenvolvidos. O primeiro artigo escrito pela discente Rafaela Luiza Azevedo Ferreira e coautoria do professor Fabrício Veiga Costa, aponta os questionamentos surgidos com uma nova forma de arranjo familiar, o poliamor, tema que tem levantado inúmeros debates no mundo jurídico e, principalmente, na sociedade. Já o segundo texto, desenvolvido pelas discentes Ana Letícia Amaral Caires e Maria Cecília Vilaça Moreira, em coautoria com a professora Graciane Saliba, enfoca no interessante tema da obrigatoriedade do uso de uniformes nas escolas e a

individualização dos sujeitos no Estado democrático de Direito, tema interessantíssimo e pouco explorado na doutrina.

Seja em função dos excelentes trabalhos desenvolvidos pelos alunos, seja em função da qualidade profissional dos professores orientadores e coautores, esta obra inova no mundo jurídico trazendo ao debate as reflexões, já maduras, de jovens autores de direito.

A pesquisa é um ponto extremamente importante de qualquer instituição séria e também o local para o desenvolvimento de novas ideias. Infelizmente, independente da ideologia política, o nosso país nunca investiu o necessário em pesquisa, por isso, a cada ano que passa, vemos a fuga de cérebros para outros países.

Esperamos que esse trabalho inicial desperte não só nos alunos, mas também nos docentes o interesse pela pesquisa. Não existe país desenvolvido sem investimento em pesquisa e extensão. Parabéns a todos da Faculdade de Pará de Minas pela excelente iniciativa e que venham mais projetos como este.

Graciane Rafisa Saliba

Júlio Moraes Oliveira

A MULTIFUNCIONALIDADE E O CONTRATO MULTIFUNCIONAL EM FACE DO DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Graciane Rafisa Saliba¹
Rafael Victor Silva Marques²

RESUMO

O acúmulo e desvio de função são institutos que não possuem regulamentação expressa, consolidada ou pacificada no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que muitas vezes as demandas cheguem ao Poder Judiciário e os magistrados tenham que lidar com a resolução dos conflitos, pautando-se nos poucos dispositivos legais que remetem à função que deve estar expressa no contrato individual de trabalho, bem como nos entendimentos que vem sendo construídos pelos tribunais do trabalho. Desta forma, em uma sociedade evoluída, onde se exige cada vez mais a realização de múltiplas atribuições, é recorrente a propositura de demandas que versam sobre acúmulo e desvio de função. Em contrapartida, ascende do referido cenário a figura da multifuncionalidade e dos contratos multifuncionais, que trazem a multiplicidade de atribuições em seu bojo, como elemento intrínseco da modalidade contratual, combatendo, assim, futuras arguições de desvio ou acúmulo funcional. Exsurge, portanto, a necessidade de apresentação e diferenciação dos referidos institutos, objetivando, por fim, estudar e entender como funciona a proposta da utilização dessa modalidade contratual, como forma de adaptação das necessidades que o mercado exige, sem desviar o olhar para as garantias visadas pelo direito do trabalho. Por meio de uma pesquisa exploratória e descritiva, pautando-se no levantamento bibliográfico e documental, com análise de dados qualitativos, busca a diferenciação e sedimentação dos institutos desvio de função e acúmulo de função e a utilização dos contratos multifuncionais no cenário atual.

Palavras-chave: Acúmulo de função; Desvio de função; Contrato multifuncional; Trabalhador multitarefa.

1 INTRODUÇÃO

O cenário atual do século XXI aponta para uma evolução na área industrial que provoca reflexos diretos nas relações sociais, econômicas e também jurídicas, ao se deparar com as exigibilidades que surgem no mercado de trabalho. Desta forma, percebe-se que, na

¹Doutora em Direito do Trabalho e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada. Professora na Universidade de Itaúna e na Faculdade de Pará de Minas. E-mail graciane@gracianesaliba.com.br. (37) 98823-0014, CV acessível em <http://lattes.cnpq.br/4762386374081250>.

²Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. E-mail rafaelvictorv06@gmail.com, (37)99912-8774.

seara laboral, surge a dificuldade de definir, ao menos de forma concreta, quais serão as atribuições que deverão ser exercidas pelo empregado, bem como delimitar a função de forma estrita no contrato individual de trabalho, de forma que, no dia a dia, sejam cumpridas e seguidas exatamente as delimitações que foram pactuadas quando da celebração do contrato. É deste cenário complexo e pouco pacificado que surge a problemática que gira em torno do desvio e acúmulo de função, ao passo que que, muitas vezes é exigido do trabalhador o exercício de atribuições que vão além daquilo que foi originalmente pactuado ou ainda que se desvencilha da função pelo qual originalmente foi contratado.

Em contraste a tal realidade, ascende das discussões trabalhistas que envolvem a matéria, a figura do trabalhador multifunção, bem como a celebração dos contratos multifuncionais, que trazem a previsão, no bojo do contrato, da multifuncionalidade como elemento contratual, objetivando, sobretudo, o deslocamento mais fluído do empregado dentro de uma empresa, baseando-se principalmente nas próprias necessidades cotidianas da empresa.

Diante deste contexto, a presente pesquisa buscará delimitar como funciona os institutos do desvio e acúmulo de função, a fim de que, ao final, seja possível entender de que forma os contratos multifuncionais poderiam ser utilizados como elementos impeditivos da configuração do desvio ou acúmulo funcional.

Assim, será apresentada uma breve conceituação dos institutos, passando-se, em seguida à exposição da figura do contrato multifuncional e suas delimitações como possível modalidade contratual de trabalho, ainda não reconhecida em lei, com ênfase, sobretudo, na caracterização e reconhecimento da multifuncionalidade como inibidor da caracterização de desvio ou acúmulo de função, sobretudo com a apresentação dos entendimentos dos Tribunais Regionais do Trabalho ao se depararem com casos concretos que possuem a multifuncionalidade como elemento de fundamentação para resolução dos conflitos.

2 DESVIO E ACÚMULO DE FUNÇÃO

Os contratos de trabalho devem ser celebrados de tal forma que, algumas informações importantes devem restar claras e, se escrito, constar em seu corpo. Desta forma, no que se refere à função que será exercida, o empregado toma ciência desde sua celebração, anterior ao início das atividades que serão realizadas. Assim, o exercício de qualquer atribuição que foge àquilo que fora anteriormente pactuado, via de regra, pode ensejar a ocorrência do desvio ou acúmulo de função.

Ocorrerá uma situação de desvio de função quando o empregado, inicialmente contratado para o exercício de uma função, passar a exercer outra diferente daquela original, desde que de forma não eventual. Nesse tocante:

O desvio de função se configura quando o empregador modifica as funções originais do empregado, destinando-lhe atividade mais qualificada sem a remuneração correspondente. (...) Provado o desvio de função, faz jus o empregado ao pagamento das diferenças salariais, pois, entendimento contrário, significaria desrespeitar o caráter sintagmático do contrato e admitir o enriquecimento ilícito da parte ré. (TRT da 11.^a Região; Processo: 00174220120021100; Data: 10-09-2014; Órgão Julgador: 3^a Turma; Relator (a): JORGE ÁLVARO MARQUES GUESES)

Já o acúmulo de função será caracterizado quando há a soma de funções. Ou seja, há o exercício da função pela qual foi originalmente contratado, mas também de outras que não dizem respeito às atribuições inerentes ao objeto do contrato pactuado. Sobre o tema, Vinícius Magalhães Casagrande assevera que o acúmulo de função pode ser definido como:

(...) a sobrecarga de trabalho e desempenho de atribuição diferente da qual ocorrera a contratação. Tal função não pode ser afim ou funcionalmente ligada à contratada. Deve ser totalmente desvinculada da anterior. As funções devem ser alheias ao conjunto de atribuições inerentes à contratada. (CASAGRANDE, 2007, p.167).

Trata-se de uma alteração contratual que, para ter validade no ordenamento jurídico, além de ser bilateral, não pode gerar prejuízos diretos ou indiretos ao empregado. (MARTINEZ, 2020).

Grande parte do problema, no que concerte à matéria, diz respeito à inexistência de dispositivo legal que regule formalmente o desvio e o acúmulo de função, bem como dificuldade em definir se tais alterações contratuais estão sendo feitas de forma lesiva ao obreiro, ou se elas correspondem àquelas prerrogativas que são intrínsecas aos poderes conferidos ao empregador, a fim de dirigir a sua empresa.

Neste ponto, caberia ressaltar o disposto no art. 456 da CLT, que preleciona:

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.
Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. (BRASIL, 1943)

Ou seja, em regra, não havendo cláusula contratual que disponha acerca da função e dos limites desta em relação ao empregado, entender-se-á que o empregado foi contratado para exercer aquela função originária, partindo-se do pressuposto que deverá realizar todo e qualquer serviço que seja condizente com sua condição pessoal. Mas se for exigido que realize tarefas, cujo para o seu cumprimento exija habilidade ou técnica que, inicialmente, o trabalhador não possui, poderá sim configurar em lesão ao obreiro.

Da mesma forma, partindo desse pressuposto e delimitando o acúmulo de função, se as novas exigências fossem compatíveis com a condição pessoal do empregado e, sobretudo, dentro da esfera do que se espera como conjunto de atribuições do trabalhador, a cumulação seria perfeitamente admissível.

Assim, percebe-se que o empregador tem suas prerrogativas, por meio do poder diretivo e gestacional, para promover as alterações necessárias para o regular funcionamento da empresa, mas tal poder vai encontrar limites na legislação trabalhista, observadas as condições pessoais do trabalhador, a fim de que não lhe seja exigido o cumprimento de tarefas que lhe fujam a capacidade, bem como observado que é extremamente vedada a alteração contratual lesiva ao trabalhador.

3 A MULTIFUNCIONALIDADE O TRABALHADOR MULTITAREFA

Diante do que foi exposto anteriormente e visto a complexidade das relações trabalhistas hodiernamente, bem como a dificuldade de se prever, quando da celebração do contrato, de forma taxativa, as atividades que deverão ser desempenhadas pelo empregado, que surge a figura do trabalhador multitarefa.

Assim, a multifuncionalidade busca a pactuação de contratos que, em que pese o empregado poder ser contratado para uma função principal, com a previsão contratual da multifuncionalidade ele poderia fazer o exercício de outras funções, desde que condizentes com sua qualificação pessoal e técnica, objetivando, sobretudo, a exploração de suas diversas habilidades.

Todavia, claramente há ressalvas quanto a celebração desses contratos, uma vez que sua conceituação e ideia pode, em um primeiro momento, gerar a convicção de que não há limites, podendo ser o empregado submetido a realizar qualquer atribuição em razão da pactuação havida. Assim, diante da análise da própria legislação trabalhista, sobretudo com ênfase no art. 456 da CLT, no que se refere à condição pessoal do empregado, entender-se-ia que essa variedade de funções ou essa multifuncionalidade estaria adstrita a uma

compatibilidade – sobretudo técnica – entre a função principal e as outras funções secundárias, nos termos definidos por meio do contrato celebrado entre empregador e empregado.

Através do contrato multifuncional, conseguir-se-ia fazer um deslocamento mais fluído do empregado dentro de uma empresa, baseando-se, sobretudo, nas próprias necessidades cotiadas da empresa.

Apesar de não ter regulamentação na legislação trabalhista, percebe-se claramente o intuito de dar maior flexibilização ao trabalho, onde é necessário que os empregados se empenhem em múltiplas atividades, sem que isso enseje acúmulo ou desvio de função, ou alterações contratuais lesivas, afinal de contas, grande parte da problemática que permeia o acúmulo e desvio de função está concentrado em alterações contratuais prejudiciais ao empregado ou violação daquilo que foi inicialmente pactuado.

Desta forma, poder-se-ia concluir que a celebração de contratos de multifuncionalidade, seriam uma solução para a questão da omissão, em decorrência da complexidade das relações de trabalho na sociedade contemporânea, no que se refere à previsão do rol de tarefas e especificação da função concreta a ser exercida, visto que, se há previsão de multifuncionalidade no contrato.

A ausência de previsão legal e regulamentação acerca desta modalidade contratual, bem como em relação ao acúmulo e desvio de função, dificulta muito o trabalho dos magistrados ao se depararem as demandas que versarem sobre essas ocorrências.

Um exemplo de enfrentamento do tema pode ser analisado quando do julgamento do Recurso Ordinário referente aos autos de nº 0011826-72.2015.5.01.0057 que tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Trata-se a ação original de uma reclamação trabalhista, onde é arguido pela reclamante que, além de caixa, exercia integralmente a função referente à tesouraria do estabelecimento, na ausência do competente titular, sustentando, neste contexto, que possuía o direito de receber o salário referente à substituição enquanto ela persistir. Nos autos foram requeridas a diferenças salariais, com os devidos reflexos nas verbas trabalhistas. O pedido foi julgado improcedente, havendo a interposição competente recurso.

Em sua fundamentação, o Desembargador Marcelo Antero de Carvalho preleciona:

Nos tempos atuais o mercado de trabalho exige cada vez mais a multifuncionalidade, não sendo razoável que o auxílio prestado a outro empregado no desempenho de suas funções, de maneira pontual, caracterize acúmulo ou desvio funcional, considerando a norma contida no artigo 456, p.u., da CLT, como bem pontuado no seguinte julgado do Tribunal Regional

do Trabalho da 9ª Região: "ACÚMULO DE FUNÇÕES - INOCORRÊNCIA DE DIREITO A SUPLEMENTOSALARIAL. O exercício concomitante de atividades compatíveis com a condição pessoal do trabalhador (parágrafo único do art. 456 da CLT), dentro da mesma jornada de trabalho, não gera o direito a diferenças salariais por acúmulo de funções, máxime pela ausência de previsão legal, contratual ou normativa para tanto. Releva consignar que hodiernamente o mercado de trabalho exige cada vez mais a multifuncionalidade, deixando-se para trás (século XIX a meados do século XX) a especialização em uma única tarefa, como era o modelo fordista, tão bem retratado na sátira de 'Tempos Modernos' de Charles Chaplin. Destarte, a polivalência, o conhecimento variado, a flexibilidade e a multifuncionalidade proporcionam ao trabalhador manter-se no mercado de trabalho, afastando-se o fantasma do desemprego." (TRT-9, proc. 0619000-59.2007.5.09.0019, julg.03/12/2008, Rel. Paulo Ricardo Pozzolo). (TRT-1-RO: 00117772320145010071 RJ, Relator: MARCELO ANTERO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 13/02/2019, Décima Turma, Data da Publicação: 21/02/2019).

Denota-se a multifuncionalidade sendo tratada como um elemento integrativo da realidade que se vivencia, sobretudo com a possibilidade de se explorar as diversas habilidades do empregado e também à manutenção da empresa.

Nesse mesmo sentido, é válido citar parte da fundamentação construída pela Exma. Juíza do Trabalho, Dra. Ana Cristina Magalhães Fontes Guedes, quando do julgamento dos autos de nº 1000496-48.2020.5.02.0028, que tramitou perante a 28ª Vara do Trabalho de São Paulo :

(...) DO ACÚMULO DE FUNÇÃO - Afirma a autora que, além da função de maître, exerceu a função de estoquista, a partir de fevereiro/2020, pleiteando o recebimento de plus salarial de 20%. A 1ª reclamada afirma que a autora desempenhou atribuições inerentes à sua função de gerente de projetos e serviços de manutenção. Ante a confissão aplicada à 1ª ré, reputo verdadeira a alegação autoral. Contudo, em sede de pedido de acúmulo de função, fazem-se necessárias algumas considerações.

O parágrafo único do art. 456 da CLT nos transmite a ideia, plenamente compatível e adequada ao mercado de trabalho atual, da multifuncionalidade, diante da qual o empregado se obriga a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal. O modelo de pagamento é estipulado por hora, razão pela qual as atividades do trabalhador são remuneradas pelo seu salário e pelas horas extras acaso realizadas. O modelo fordista, diante do qual o empregado exerce apenas uma função no âmbito da estrutura empresarial está há muito ultrapassado, sendo certo que o acúmulo de função, regra geral, encontra óbice justamente na necessidade da multifuncionalidade típica do mercado de trabalho contemporâneo. Com exceção das profissões regulamentadas, empresas organizadas em quadro de carreira e previsões em negociações coletivas, hipóteses em que possível a discussão acerca do acúmulo e, eventualmente, desvio de função, nos demais casos aplica-se o disposto no referido art. 456 da CLT, em seu parágrafo único. (...) (28ª Vara do Trabalho de São Paulo- Reclamação Trabalhista pelo Rito Sumaríssimo 1000496-48.2020.5.02.0028RJ, Julgador:

Exma. Juíza do Trabalho Dra. Ana Cristina Magalhães Fontes Guedes, Data de Julgamento: 25/08/2021, Data da Publicação: 27/08/2021, **grifo nosso**).

Do competente trecho da sentença, percebe-se que a magistrada ressalta exatamente o que vem sido apresentado no presente artigo, quanto à necessidade de observância a realidade imposta ao mercado de trabalho atual. Assim como no acórdão proferido pelo Exmo. Desembargador Marcelo Antero de Carvalho, a Exma. Juíza aduz que o modelo fordista não é mais coerente na forma como as relações trabalhistas se dão hoje, fazendo menção à literalidade do art. 465 da CLT, quanto à submissão do empregado àqueles serviços que são compatíveis com sua condição pessoal.

É interessante citar que o modelo fordista é ultrapassado, sobretudo quando observado seu contexto histórico, uma vez que tem raízes no fim do século XIX, quando a Segunda Revolução Industrial fomentou, sobretudo, a produção de mercadorias e, conseqüentemente, o número de indústrias pelo mundo. Desta forma, ao analisar a realidade do século XXI, torna-se evidente que o fordismo, enquanto característico pela divisão rígida de tarefas, é incompatível com as inovações trazidas pela nova Revolução Industrial que o mundo vivencia, a chamada Revolução 4.0.

Todas essas questões giram em torno de um assunto recente, que ainda demanda regulamentação. Conforme os casos acima, a Justiça do Trabalho parte da análise de dados concretos, por juízos de proporcionalidade e análise da compatibilidade das atribuições exercidas. Portanto, o que se verifica, é uma transição para que a multifuncionalidade seja cada vez mais utilizada, adequando-se ao que é exigido do empregado, sem se esquecer, é claro, de pautar-se em limites acerca das exigências feitas pelo empregador, por meio da conservação de direitos fundamentais aos trabalhadores, equivalência das atribuições exercidas em seu dia a dia de trabalho e observação dos princípios que norteiam essa relação.

4 O CONTRATO MULTIFUNCIONAL

No que se refere à formalização e legalidade dos contratos multifuncionais, é importante entender que esses ainda não são reconhecidos ou formalmente previstos em lei. Assim, nada obstante a verificação da configuração da multifuncionalidade por alguns magistrados, não há previsão legal que ampara a celebração dessa modalidade contratual por empregados e empregadores, esbarrando, portanto, em uma série de restrições legislativas.

Acerca do tema, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.670/2019,

proposta por GlaustinFokus, Deputado Federal do PSC/GO, que tem como objetivo regular o trabalho multifuncional, de modo a autorizar que haja a contratação de um empregado para exercer múltiplas funções dentro da empresa. A referida proposta, traz em seu teor a redação do art. 442-B da CLT da seguinte forma:

Art. 442-B. A relação de emprego será admitida no contrato individual de trabalho tanto por especificidade ou predominância de função como por multifuncionalidade.

Parágrafo único. Não será exigido do empregado contratado por multifuncionalidade o desempenho de atividade mais complexa do que a sua competência principal, nos termos definidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho.” (BRASÍLIA, 2019)

Percebe-se do referido projeto a preocupação na manutenção e flexibilização das relações trabalhistas, a fim de inovar na modalidade contratual multifuncional, com a devida proteção às condições pessoais do empregado, nos termos do parágrafo único do mencionado artigo.

Em consulta ao referido projeto através do site da Câmara dos deputados, verifica-se que encontra sem movimentação desde 05 (cinco) de novembro de 2019, quanto foi remetido às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania. Assim, não havendo atualizações no presente momento, o referido instituto ainda carece de previsão legal.

Por fim, é justo ressaltar que a Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013), tem previsão de multifuncionalidade, contudo, destinada para a categoria específica dos trabalhadores portuários e dos trabalhadores portuários avulsos.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se, por meio da análise dos institutos do acúmulo e desvio de função, que a matéria carece de atenção legislativa, sendo que, atualmente, é pautada, sobretudo, nos entendimentos que os tribunais do trabalho têm tido, com um olhar atento às poucas normas que podem ser utilizadas e nos princípios do direito do trabalho.

Como forma de solução das controvérsias geradas na matéria e em busca de soluções que possam inibir ou ao menor reduzir a ocorrência do acúmulo ou desvio de função, o contrato multitarefa acaba-se por se tornar alternativa, uma vez que já presumiria a possibilidade de realização de múltiplas atribuições, diminuindo-se as questões relativas às alterações contratuais que eventualmente fossem necessárias. Todavia, deve-se observar que,

ainda que utilizada essa modalidade contratual, não se pode desvincular da proteção trazida pelo direito trabalhista, observando-se sempre que a celebração de um contrato multitarefa não se trata de permissibilidade para supressão de direitos fundamentais do trabalho ou alterações contratuais que lhe sejam lesivas.

Da mesma forma, compreende-se que a realidade vivenciada pela sociedade hodierna, reclama pelas atualizações na forma de exercício dos encargos funcionais nas empresas, uma vez que não se pode mais partir do pressuposto de que, ao celebrar contratos de trabalho, o empregador conseguirá exaurir, de forma completa, todas aquelas atribuições inerentes à função constante no contrato individual de trabalho. Percebe-se que a ideia da celebração de contratos multifuncionais, tem andado de forma paralela e não em sentido inverso à forma como Judiciário vem tratando as demandas que versam sobre isso.

O que se infere destas questões é que, ainda que não haja regulamentação quanto aos institutos do desvio e acúmulo de função, bem como acerca da concretização da modalidade contratual multifuncional, as demandas chegarão ao judiciário. Neste momento, o magistrado terá que resolver o litígio e o que se consegue extrair das sentenças e acórdãos proferidos na justiça do trabalho é a tendência à naturalização da multifuncionalidade como elemento intrínseco das relações trabalhistas atuais, mas sem desvincular o olhar dos limites impostos às relações que envolvem a multifuncionalidade, sobretudo a observância e respeito às condições técnicas, de saúde e também direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL, 28^a Vara do Trabalho de São Paulo. **Reclamação Trabalhista nº 1000496-48.2020.5.02.0028**. Reclamante: Adriana Lopes de Almeida. Reclamados: Client Exclusive Fomento Mercantil – EIRELI e Museu Apart Hotel Administração de Bens LTDA. Juíza do Trabalho: Ana Cristina Magalhães Fontes Guedes. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000496-48.2020.5.02.0028/1>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 11^a Região. Reclamatória Trabalhista. **Recurso Ordinário nº 0001742-09.2012.5.11.0002**. Recorrente: Nokia do Brasil Tecnologia LTDA. Recorrido: Paulo Fransinetti Ribeiro Cuadal Neto. Relator Desembargador: Jorge Álvaro Marques Guedes. Disponível em: <https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/413189757/174220120021100/inteiro-teor-413189766?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Reclamatória Trabalhista. **Recurso Ordinário nº 0011777-23.2014.5.01.0071**. Recorrente: Jessica Fialho Menezes Conchado; Banco Bradesco S.A. Recorrido: Banco Bradesco S.A.; Jessica Fialho Menezes Conchado. Relator. Desembargador: Marcelo Antero De Carvalho. Disponível em: <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011777-23.2014.5.01.0071/2>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.670/2019, de 24 de outubro de 2019. Acrescenta o art. 442-B à Consolidação das Leis do Trabalho e altera seu art. 468 para dispor sobre o trabalho multifuncional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2226884>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

CASAGRANDE, Vinícius M. **Acúmulo de funções e revisão do contrato de trabalho**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v. 33, n. 127, p. 159-172, jul. /set. 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OS IMPACTOS DAS NORMAS DE PROTEÇÃO JUSTRABALHISTAS PARA AS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO CONTEMPORÂNEO

Giovana Rodrigues Silva³
Giovanna Oliveira de Melo Alves⁴
Graciane Rafisa Saliba⁵

RESUMO

O presente trabalho tem como desígnio relatar a entrada progressiva da mulher no mercado de trabalho, exemplificando as dificuldades construídas socialmente e por ela enfrentadas, justificando-se assim, a necessidade de uma legislação própria que atenuie as dificuldades atuais causadas pelo passado aplacando os possíveis prejuízos futuros, sem, entretanto, gerar um efeito “rebote” pela proteção unilateral. Há desnível salarial e preconceito social, numa realidade de desvalorização da mão de obra feminina, causada pelo contexto histórico e que ainda persiste nas bases sociais. É válido considerar a ocupação da mulher no cenário atual, plausível de se fazer uma análise das dificuldades e do caminho percorrido, visando identificar formas de suavizar os passos futuros que levarão a igualdade.

Palavras-chave: Gênero; mulher; trabalho; remissão.

1 INTRODUÇÃO

A posição e condições laborais das mulheres foram se alterando enquanto a sociedade modificou suas formas de produção, subsídio e se industrializou, tornando-se necessária a ingressão da mão de obra feminina no mercado empregatício e isso causou um forte impacto nas relações sociais, pois implicou uma mudança nos paradigmas sociais e culturais. Portanto, grande parte das mulheres continuou sendo ligada às atribuições domésticas e a ocupar posições marginalizadas dentro do espaço de trabalho e, com isso, constituiu-se uma desigualdade exacerbada em que a mulher é vista social e profissionalmente como submissa e seu salário é considerado secundário dentro da formação familiar. Ademais, o modelo

³ Estudante do bacharelado de direito da Universidade de Itaúna. E-mail giovanars01@gmail.com.

⁴ Estudante do bacharelado de direito da Universidade de Itaúna. E-mail alvesgiovanna24@outlook.com.

⁵ Doutora e Mestre em Direito pela PUC-MG. MBA em Direito do Trabalho pela FGV e especialista em Crise Econômica e Direito do Trabalho pela UniversidadCastillala Mancha, Espanha. Graduada em Direito pela UFMG. Professora na Universidade de Itaúna e Faculdade de Pará de Minas. Advogada. Bolsista na Academia de Direito Internacional de Haia. E-mail graciane@gracianesaliba.com.br. Link para o lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/4762386374081250>.

econômico capitalista aproveita a situação fragilizada da figura feminina e a utiliza como meio de exploração através da mão de obra barata e posições de cargos inferiores.

Por conseguinte, fez-se necessária a criação de normas que regulassem a situação trabalhista feminina em relação aos estereótipos sempre presentes na sociedade que mesmo com leis não respeitam as conquistas profissionais das mulheres, o que faz que se diminua a eficácia do texto constitucional. Assim, violando o direito profissional da mulher a sociedade desrespeita um dos princípios regidos para melhorar a harmonização social das desigualdades entre gêneros e por esse motivo, faz-se necessária até os dias atuais a conscientização a respeito da luta e do espaço conquistado por elas no âmbito trabalhista.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

A mudança do contexto e da realidade mundial é sempre pauta assídua a ser discutida em consequência da necessidade da alteração nas atividades femininas para sanar as demandas sociais. O papel da mulher na sociedade sempre foi pauta de debate, visto que a figura feminina se transforma sempre que pode assumir novas responsabilidades e ganhar mais espaço no âmbito social. A questão trabalhista faz jus ao mencionado uma vez que exigiu, exemplificadamente, que as mulheres assumissem as responsabilidades de trabalhos os quais até então não eram considerados de sua competência, quando a mão de obra masculina se fez ausente durante a convocação para as guerras. Diante dos fatos, é válido ressaltar que nesse momento a mulher ganhou mais espaço na sociedade, deixando a imagem de auxiliar do homem, responsável pelos filhos e pelo lar, para desempenhar papéis fundamentais que permitiam manter funcional os trabalhos categóricos antes exercidos exclusivamente por homens.

Não obstante, mesmo após a guerra, a mulher continuou exercendo outros tipos de atividades e foi conquistando novas atribuições durante o percurso da árdua caminhada que percorre até o hodierno. Apesar desse progresso, a mulher continuou sendo responsável pelas tarefas domésticas, devendo estar sempre à disposição do marido e filhos, preservando a imagem de submissão, mesmo que está ainda empenhada em muitos trabalhos pesados. A Primeira Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na década de 1760, mudou a situação do trabalho no geral, redefinindo significativamente os papéis sociais de homens, mulheres e crianças. Pela primeira vez, um grande número de mulheres começou a trabalhar fora de casa, porém em condições precárias, insalubres, que colocavam em risco a saúde e segurança.

Assim é retratado na obra cinematográfica, lançada em fevereiro de 1936, nos Estados Unidos. O conhecido filme “Tempos Modernos”, dirigido e estrelado por Charlie Chaplin usa a comédia para retratar as condições acima relatadas. Na referida obra, é exibido a figura da mulher dentro de fábricas, mas, também, como uma figura bela e sedutora, imagem que subsiste até o presente momento.

O filme relata também os protestos e manifestações em virtude da melhoria das condições e segurança no trabalho, principalmente daquelas oferecidas a mulheres e crianças, que estavam em um estado mais crítico que a dos homens. Não haviam leis trabalhistas que amparassem a classe operária, o que motivou os trabalhadores a se unirem em grupos específicos denominados Sindicatos. Nesse sentido, é plausível trazer à baila o pensamento de Paul Montoux, que nesse sentido afirma:

[...] Os salários mais baixos eram, como sempre os das mulheres e crianças; por isso preferidas, em detrimento dos homens. As crianças das paróquias, em geral, não recebiam em dinheiro: eram alojadas e alimentadas – bem sabemos como. Mas era preciso pagar os aprendizes que não viviam nas fábricas: nas fiações de algodão, onde ocupavam as funções de descarregadores (doffers) e emendadores (piecers), recebiam conforme a idade, de 1 a 4 xelins por semana. As fiandeiras, na jenny ou na mule, não ganhavam muito mais: o salário de 5 xelins parece ter sido o máximo. [...] Nunca o trabalho feminino e infantil fora objeto de uma tal demanda. Mas, precisamente, essa utilização cada vez mais generalizada de uma mão de obra inferior e barata, constituía um verdadeiro perigo para os operários adultos. (MANTOUX, s/d, p. 435-436).

No decorrer da história a mulher assume diversos cargos profissionais progressivamente e, por isso, é necessário compreender a complexa caminhada de estruturação da figura profissional feminina. Durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) os homens foram convocados para o campo de batalha, o que fez com que se ausentassem das atividades cotidianas. Nesse contexto, as plantações, a manutenção dos animais, os pequenos comércios, os encargos diários de responsabilidade até então exclusivamente masculina ficaram à mercê da carência de cuidados. Nesse ínterim, a mulher principiou nas atividades mais urgentes, como a colheita, para manter a disciplina social das rotinas. Com essa inserção repentina, que durou mais do que o previsto, a mulher portou atividades que não eram atribuídas nem aos homens, pois no cenário de guerra muitos recursos tornaram-se escassos, dificultando ainda mais a realização das atividades rotineiras.

Isso posto, é notório a marginalização da figura feminina no mercado de trabalho, visto que essas portavam de condições mais deploráveis que os homens, por serem

consideradas física e intelectualmente inferiores, conceito que foi trazido da imagem doméstica. Com o uso contínuo de recursos maquinários, as desvirtudes femininas continuaram fazendo parte do cenário em questão, o que causava maiores requerimentos nesse pretexto. Diante de tais reivindicações, surgem os primeiros embates entre a classe trabalhadora e os donos das fábricas a luta entre classe tem início. Como resposta aos requerimentos dos proletários, foi criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), uma agência multilateral da Organização das Nações Unidas, especializada em questões do trabalho, criada em 1919. Nesse viés, as crianças voltaram para as escolas e as mulheres retornaram para os trabalhos domésticos, pois era mais lucrativo para a empresa demiti-las do que melhorar as condições anteriormente propostas. Como consequência, a mulher sai do mercado de trabalho enquanto o homem permanece fortalecendo seu vínculo trabalhista.

3 O CAPITALISMO COMO CENÁRIO PARA EXPLORAÇÃO FEMININA

Com a propagação do capitalismo e a adoção do regime pelo Brasil, volta a ser preciso que a mulher seja incluída no mercado de trabalho, sendo novamente denominada para serviços com condições precárias e inferiores. À vista disso, se torna verossímil expor o pensamento da Heleieth Saffioti, socióloga brasileira e estudiosa sobre violência de gênero, que verifica:

O aparecimento do capitalismo se dá, pois, em condições extremamente adversas à mulher. No processo de individuação inaugurado pelo modo de produção capitalista, a mulher contaria com uma desvantagem social de dupla dimensão: no nível superestrutural, era tradicional uma subvalorização das capacidades femininas traduzidas em termos de mitos justificadores da supremacia masculina e, portanto, estrutural, à medida que se desenvolviam as forças produtivas, a mulher vinha sendo progressivamente marginalizada das funções produtivas, ou seja, periféricamente situada no sistema de produção. (SAFFIOTI, 1979, p. 35).

Porquanto, o capitalismo trouxe a necessidade de trabalho, postulando como necessário, que as mulheres ocupassem os cargos inferiores para que os homens pudessem tomar posse de funções mais influentes e importantes que retinham o trabalho produtivo e público como cargos políticos, administrativos e empresariais, o que fez com que tivesse mais valor e mais apreço social e monetário. Dessa forma, o salário das mulheres é considerado como secundário e dentro da lógica capitalista passou a ser instrumento de exploração pelos contratantes e pelas empresas, pois utilizavam-se dessa hierarquização para pagar menos as

mulheres pelo mesmo trabalho efetuado pelos homens, visto que o labor das mulheres é considerado reprodutivo e privado, por isso, desvalorizado dentro desse cenário.

Em 1970 houve uma aceleração significativa do processo de industrialização no Brasil e com isso várias mulheres entraram no mercado de trabalho, porém é importante ressaltar que, mesmo com esse aumento de participação feminina no posto de trabalho, 50% da População Economicamente Ativa (PEA) feminina trabalhava em serviços domésticos e uma grande parcela em trabalhos mais precários que, em sua massiva maioria, contavam com mal remuneração e não ofereciam seguridade social o que afetava a qualidade de vida dessas trabalhadoras. Nesse contexto, a mulher passou a ter o dobro de atribuições, pois trabalhava fora e ainda prestava serviços em casa porque, mesmo após a entrada no mercado de trabalho, as responsabilidades domésticas continuaram a ser relacionados com a figura feminina, enquanto o homem provia sustento para a família com seu trabalho.

Em síntese, essa hierarquização no ambiente de trabalho é resultado de uma questão cultural e construída socialmente que coloca a mulher em uma relação inferior ao homem, caracterizando uma divisão sexual do trabalho que explora e preconiza a mulher colocando-a em cargos inferiores, com remunerações mais baixas e qualidade empregatícia insalubre. Considerando o atual contexto do capitalismo, para viver em sociedade é necessário ter uma renda e fazer parte do grupo ativo para ter o mínimo de respeito dentro da sociedade. Por este motivo, as mulheres têm de aceitar os trabalhos oferecidos nas condições acima mencionadas, mesmo assim o salário da mulher ainda serve apenas para “ajudar em casa”, “completar a renda do marido”, entre outras frases que ignoram as atividades econômicas exercidas por mulher competentes.

4 A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COMO ÉGIDE DA MULHER

É de conhecimento popular que diversas leis foram criadas tendo como função a proteção da mulher e assiste como medida de compensação para auxiliar na inserção social de grupos minoritários e na redução das desigualdades, chamadas de ações afirmativas, elas possuem como função proteger certos grupos que merecem tratamentos diversos por sofrerem marginalização histórica. A exemplo disso, tem-se a Lei nº. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que é um dos remédios necessários para que as mulheres possam conviver na mesma sociedade que os homens sem serem afetadas pelo contexto histórico de desigualdade e hierarquia anteriormente mencionadas e que tanto afetam a liberdade e segurança delas. No mercado de trabalho não é diferente, para afastar a discriminação e o machismo da figura

profissional da mulher, foi necessário a criação e inserção de leis para amparar a mulher em sua trajetória no ambiente trabalhista. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º que trata dos direitos dos trabalhadores, elenca importantes incisos dando enfoque à preservação da mulher, sendo eles: o inciso XX que estabelece a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos e o inciso XXX que atempera a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

É evidente que há grande diferenciação nas escolhas do sexo dos funcionários, muitas empresas levam em questão o “prejuízo” de contratar uma mulher devidos suas responsabilidades pessoais. Em relação ao mencionado, faz-se plausível de analise as perguntas feitas exclusivamente as mulheres nas entrevistas de emprego, nas quais estas têm suas vidas pessoais e seu planejamento familiar em pauta como análise curricular. Consciente dessa prática abusiva foi sancionada a Lei nº. 9.029/95, que visando a necessidade de amparar a mulher nas relações profissionais, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências, conforme regulamenta os seguintes artigos:

Art. 1º: É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I- a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II- a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa. [...]

Ademais, outras medidas de compensação e proteção às mulheres no mercado de trabalho estão asseguradas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que, a partir de seu artigo 372, dispõe de um seccionamento exclusivo que trata das normas especiais de tutela da

duração, das condições de trabalho e da discriminação contra a mulher, regendo que os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, exceto naquilo em que colidirem com a proteção especial instituída pelas normas específicas. Essas proteções especiais servem para amparar a trabalhadora diante a desigualdade no ambiente de labor, a divergência de remuneração com base na divisão sexual que adentra à questão do gênero e o preconceito enraizado e inerente. Diante disso, essas normas específicas abrangem alguns direitos imprescindíveis ao labor feminino como, por exemplo, o direito à licença maternidade de 120 dias, direito a duas semanas de repouso em caso de aborto espontâneo, direito à licença maternidade da adotante e ampliação da licença à maternidade, direito aos intervalos para amamentação, direito a se ausentar do emprego para consultas médicas, direito a mudar de função em razão de saúde, direito a estabilidade no emprego, estabelecimento de limite de carregamento de peso, direito a instalações adequadas, direito à privacidade, direito à remuneração igualitária etc.

Entretanto, apesar das medidas de compensação constituírem um apoio à luta por igualdade das mulheres no ambiente de labor elas passaram a ser consideradas uma forma de segregação para favorecer desnecessariamente as trabalhadoras, explicitando como o preconceito e a desvalorização perante as mulheres continuam enraizados na sociedade que não acolhe os auxílios prestados à figura feminina no mercado de trabalho.

Vislumbra-se, assim, que muito há que se debater sobre a proteção ou prejudicialidade ao criar leis que diferenciam as mulheres, a tentativa de desigualar para igualar, dando oportunidades iguais para os desiguais, pode criar o chamado efeito “rebote”, no qual as empresas e a sociedade, pela proteção à mulher, deixam de contratar mulheres e aumentam a discriminação por terem direitos que a protegem. Seria, assim, uma forma de incremento à discriminação, ao invés de cumprir a proteção a que se propunha.

E, como meio de enfrentar esse efeito que deixa ainda mais as mulheres à mercê do mercado de trabalho e da igualdade de oportunidades, indica-se, para o equilíbrio, a concessão de direitos a ambos os sexos, desde a licença maternidade, que passaria a licença família, desconstruindo a sociedade patriarcal em que sempre foi erguida a legislação brasileira e colocando a figura paterna também como o cuidador e membro, e não meramente genitor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constantes mudanças no cenário social desde a Primeira Guerra Mundial em 1914 fizeram com que a mulher tivesse a oportunidade de conquistar seu espaço no mercado de

trabalho, mesmo que te forma conturbada. É fato que as mulheres, nos últimos 30 anos, ganharam muito mais liberdade do que ao longo de toda a história, mudanças que são necessárias e que indicam o percorrer de uma caminhada que está longe do fim. Posto isso, é válido mencionar a importância das leis em favor e proteção da mulher, que visam minimizar os efeitos do passado no presente, permitindo uma concorrência menos desonesta entre os sexos. A conduta sexista é hoje denunciada por aqueles que são por ela afetados e são amparados pela previsão legal do ordenamento jurídico, que objetiva por punir a conduta quando praticada. Não obstante, essa prática ainda é comum na sociedade fundada por princípios patriarcais, que inverteram as formas de apoio e proteção a mulher em uma segregação por gênero.

Diante dos fatos mencionados no presente trabalho, é notório como a sociedade encontra sempre uma forma de diminuir as mulheres e seus feitos, reduzindo os trabalhos por elas prestados, isso é feito quando as medidas compensatórias são compreendidas no sentido de vantagem feminina. É oportuno mencionar ainda que nunca houve o reconhecimento da vantagem histórica da figura masculina que adentrou o mercado de trabalho precocemente e sempre foi favorecida por questões preconceituosas que estão enraizadas na sociedade. Se considerado este fato jamais seria afamado que a mulher tem algum tipo de vantagem profissional, longe disso, novas medidas seriam criadas com base no estudo histórico do contexto real que a mulher sempre foi inserida. Nesse viés, não seria justo ainda, pois não há nenhuma forma de ressarcir as mulheres seus direitos ignorados posteriormente, mas é possível respeitá-las e reconhecer sua atual posição, para que ela retenha as mesmas condições que os homens no mercado de trabalho.

Em suma, é reconhecido mundialmente a desvantagem feminina no mercado de trabalho e as medidas visam diminuir sequelas deixadas pelos atos passados. O árduo caminho percorrido mostra a evolução dos direitos da mulher, mas relata também a necessidade de medidas que a protejam de embargos no percurso, que não deixarão de existir tão facilmente. Isso posto, é necessário que os órgãos públicos sejam mais precisos nas aplicações das leis que protegem a mulher, faz-se necessário que as vítimas de exclusão se sintam apoiadas pelos entes e textos constitucionais, para se sentirem seguras o suficiente para prestarem queixas e exigirem seus direitos. Visto que a lei nada acrescenta se não for válida na execução, de modo que ampare as dificuldades de terceiros, pois, somente assim será plausível que o mercado de trabalho seja condizente com suas normas e acessível para mulher como é para o homem. Utilizando-se dos fundamentos usados e do sentido de justiça coletivo

é imprescindível que a sociedade ampare a figura profissional feminina da mesma forma que usufrui de seus trabalhos.

REFERÊNCIAS

CHARLIE CHAPLIN, **Tempos Modernos**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3tL3E5fIZis>. Acesso em: 23 ago. 2021.

MANTOUX, Paul. **A Revolução Industrial no século XVIII**. São Paulo: Editora da UNESP/Ucitec, s/d.

SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade**. Expressão Popular, Bela Vista/SP.

MAIA, Katy; LIRA, SachikoAraki. **A mulher no mercado de trabalho**. IPEA www.ipea.gov.br/seminários/artigo11. Acesso em: 06 set. 2021.

MOVIMENTO Operário Brasileiro. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/movimento-operario-brasileiro.htm>. Acesso em: 06 set. 2021.

LAVELBERG, Carlos. **Diferenças salariais ainda atingem o mercado de trabalho feminino**. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/09/17/desigualdadeentre-renda-da-mulher-e-do-homem-nao-melhora-em-10-anos-aponta-ibge.jhtm>. Acesso em: 05 set 2021.

POLIAMOR: A NOVA FORMA DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

*Raffaela Luiza Azevedo Ferreira⁶
Fabrício Veiga Costa⁷*

RESUMO

A mudança presente na sociedade é algo corriqueiro, a conquista de direitos e lutas de classes está no nosso cotidiano. Usualmente, relações marginalizadas adquirem direitos e são englobadas no diploma legal, no entanto, essa mutação não é algo novo, antes de buscar compreender uma visão atual sobre o tema proposto, é preciso olhar para trás e entender o passado da humanidade. Não é errôneo afirmar que diversos são os relatos de diferentes tipos de relações entre os indivíduos ao longo da história mundial; relações essas que foram de um extremo ao outro (de aceitas pela sociedade, para proibidas por ela), onde a configuração familiar apresentou diversas concepções. Neste sentido, tendo em mente a amplitude de configurações familiares, o presente estudo busca compreender melhor as características da relação poliamorosa, visando a desmarginalização desse conceito, e possibilitando o estudo desse âmbito familiar. Para poder discursar sobre o tema proposto, uma profunda consulta acadêmica a artigos e teses foi realizada, buscando assim, a compreender melhor a trajetória da relação poliamorosa na sociedade antiga e atual.

Palavras - chave: Poliamor; Relacionamentos; Marginalização; Constituição Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo configura-se como uma reflexão sobre as diversas configurações familiares e como a sociedade, através dos séculos, normalizou comportamentos que atualmente são estigmatizados, marginalizados e inibidos. Quando busca-se na história, em sociedades antigas, encontra-se registros de estruturas familiares cuja sua composição não englobava a visão atual de família.

O termo “poliamor”, foi forjado da expressão grega *poli* (que significa muitos) e do latim *amor* (significando amor), simbolizando assim, amar muitos, ter muitos amores ou, em uma visão contemporânea, ter um relacionamento amoroso múltiplo. E é buscando compreender e estudar este último significado, que pode-se dar prosseguimento a esta

⁶Acadêmica Raffaela Luiza Azevedo Ferreira do curso de Direito da FAPAM - Faculdade de Pará de Minas
E-mail: raffaela.az.ferreira@gmail.com

⁷Professor universitário das disciplinas de Direito Processual Civil e Prática Jurídica Simulada do Curso de Direito da FAPAM - Faculdade de Pará de Minas. Lattes Id: <https://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

pesquisa, que fundamenta-se na resposta para o seguinte questionamento: existe algum parâmetro legal que coibe e enquadra no tipo no penal, o relacionamento poliamoroso?

2 O HISTÓRICO DAS RELAÇÕES POLIAMOROSAS

O poliamor caracteriza-se pela união de 3 ou mais pessoas, que buscam construir uma relação que baseia-se no amor, na cumplicidade, no carinho e, sobretudo, no respeito. Na visão atual de mundo, as relações amorosas que não seguem um padrão já preestabelecido pela maioria, são marginalizadas e não recebem o respaldo jurídico, contudo, cabe mencionar que as relações poliamoras não são fruto da sociedade atual.

Encontrar-se registros da relação poliamorosa na Bíblia Cristã, mais especificamente no Antigo Testamento, na passagem de “Gênesis 29: 25-58” há menção da relação de Jacó, Raquel e Lia. Onde, Jacó uniu-se em um relacionamento com Raquel e com Lia, do qual tiveram filhos; cabe mencionar que esse relacionamento detinha a aprovação daquela sociedade.

Na pré-história, as relações familiares não detinham sua configuração nas relações monogâmicas, mas sim na necessidade de garantir a sobrevivência da espécie humana em um ambiente hostil e perigoso. Este comportamento, voltado para a sobrevivência é algo comum no reino animal, onde as relações monogâmicas são a exceção:

“A etologia (estudo do comportamento animal), a biologia, e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem percebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.” (COLAVITTI, 2007, p. 56)⁸.

A partir do surgimento do pensamento da propriedade privada com a Civilização Grega, a monogamia surgiu como segurança, na qual a propriedade, após o falecimento, não seria dividida.

Nesta caminhada histórica, chega-se as relações na Roma antiga, onde os romanos adotaram a união duradora entre o homem e a mulher, não como uma forma de demonstrar seu

⁸ COLAVITTI, Fernanda. Reportagem: **O fim da monogamia**. REVISTA GALILEU. Editora Globo, Outubro de 2007.

sentimento amoroso, pois os mesmos buscavam seguir uma regra moral; em tal fase da história, a união não configurava-se como uma relação jurídica, mas sim como um fato social.

Foi somente na Idade Média que esta ideia do amor englobado pelo matrimônio, tal como conhecemos hoje, surgiu. Com os poetas nobres, como menciona MARQUES(2015)⁹ em seu trabalho, a ideia de que o casamento poderia conter o amor ou que duas pessoas se unirão pelo amor, surgiu somente no século XVIII, antes disso, acreditava-se que a única forma de encontrar o amor, era fora do casamento.

O ideal monogâmico tal qual conhecemos na sociedade atual, orientou-se, principalmente, pelos princípios morais estabelecidos pela Igreja Católica, que definiram o conceito de pecado e concretizar a monogamia, com o casamento. Além da legitimização católica da monogamia, ocorriam diversos conflitos com a herança e propriedade de bens, tais discórdias, resultaram em uma justificativa plausível para a legalidade da relação monogâmica.

O entendimento atual da relação poliamorosa, surgiu nos anos 80, juntamente com outros movimentos que buscavam a liberdade pessoal e amorosa, tais como o movimento LGBTQIAP+, o movimento feminista e o movimento negro. Contudo, ao contrário dos demais movimentos, o poliamor não foi de amplo conhecimento das grandes massas e na consequente descriminalização e sexualização dos envolvidos em uma relação poliamorosa.

3 POLIAMOR E POLIGAMIA, QUAL A DIFERENÇA?

Cabe iniciar esta diferenciação, buscando as semelhanças entre os termos: uma busca rápida na *internet* apresenta o conceito global, onde um dos parceiros estabelece uma relação – casamento - com mais de um parceiro, sendo o mais comum a poligamia (um homem com mais de uma mulher), e o menos comum, a poliandria (uma mulher estabelece um relacionamento com mais de um homem), vale lembrar que a poligamia pode ser visto como um modo de dominação aos parceiros, já que estamos falando de uma relação onde somente uma das partes (ou só o homem ou só a mulher), possui a liberdade de se relacionar com os demais.

⁹ MARQUES, Alinne de Souza. **O Reconhecimento Das Uniões Poliafetivas No Direito Brasileiro**. 2015.

Não há de se negar que existe uma similariedade entre o poliamor e a poligamia, ambos representam relações não monogâmicas, cujos envolvidos têm ciência do envolvimento com outras partes, contudo, também existe, diferenças.

Um das diferenças mais pronunciáveis, no que toca ao poliamor, é a liberdade sexual dos envolvidos, pois todas as partes estão cientes e são livres para manter relações sexuais com os outros envolvidos na relação, ao contrário da poligamia, que possui a restrição do (a) “chefe da família” (único que pode se envolver com os outros integrantes da relação). Ressalta-se também que, no poliamor, como a própria etimologia da palavra representa, o aspecto pronunciável é o amor, a cumplicidade e o respeito das partes pela relação que vivem e a vontade de constituir uma família.

3.1 ENTENDIMENTO LEGISLATIVO DO POLIAMOR

A visão moral da relação poliamorosa é algo mutável, como já supracitado, o conceito de certo e errado que rege a sociedade não é fixo e conforme as gerações, ele cambia. Contudo, ao falarmos de legislação, essa mudança é mais vagarosa. O processo legislativo precisa acompanhar as nuances da sociedade e com mudanças corriqueiras, tal feito torna-se improvável.

Para entender a visão legal sobre o poliamor, comecemos estabelecendo que o poliamor difere da bigamia, a qual têm sua conduta tipificada pelo artigo 235 do Código Penal. Mesmo podendo estabelecer um tipo de relação poliamorosa, a bigamia cujo o tipo penal enquadra-se em contrair um matrimônio, quando o autor ainda é casado. Possui uma grande diferença da relação amorosa que está sendo estudada, já que quando se ingressa uma relação poliamorosa, as partes estão completamente cientes dos envolvidos na relação e concordam com tal.

Tendo a ciência da diferença, pode-se começar a entender a visão legislativa do poliamor.

A Constituição Federal Brasileira, nossa lei com a maior força legislativa, foi promulgada em 1988, nessa década, surgia a discussão a respeito do poliamor, contudo, os legisladores constitucionais não abrangeram no corpo legislativo, este aspecto familiar, pois, mesmo com os movimentos sociais, aquele período social ainda era predominantemente tradicionalista.

Contudo, a Constituição Cidadã abriu margem para diversas interpretações extensivas ao legislar sobre a possibilidade da “união estável” em seu artigo 226.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com a legislação constitucional da união estável, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela legalidade do reconhecimento da União Estável homoafetiva, quando o Ministro Ayres Britto, em seu voto, nivelou às relações estáveis homoafetivas as heteroafetivas. Segundo a citação do Ministro *“Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei.”*.

As palavras do supracitado ex-ministro resultam em diversos questionamentos; em uma busca por palavras chaves na Constituição Federal, não encontra-se nenhum artigo, inciso, parágrafo e/ou alínea que legisle sobre a relação poliamorosa, nem no sentido de abranger em seu texto as nuances desse tipo de aspecto familiar, nem no intuito de tipificar ela no tipo penal.

Esta situação de falta de proibição legal gera o sentimento de indagação, seria possível a criação de uma lei para este tipo de relação, com o intuito de desmarginalizar esta configuração familiar, podendo abranger aos envolvidos com os mesmos direitos que a união estável apresenta?

4 O DIREITO CIVIL E A RELAÇÃO POLIAMOROSA

Como já supracitado, um dos motivos que gerou a legitimação e legalidade da relação monogâmica foi, entre outros, as complicações que surgiam na divisão da propriedade e dos bens adquiridos em vida, desta forma como já mencionado, a principio a monogâmia foi vista como uma solução para evitar conflitos na partilha dos bens.

No que diz respeito a herança, o Código Civil, tem uma visão patrimonialista, e segundo o artigo 1.790:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:”

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. ”

Cabe supor que, legitimizando a relação poliamorosa, a sucessão não seria somente para o(a) companheiro(a) (caso não englobe as hipóteses contidas nos incisos do artigo), mas bem como tendo que abrandir os demais companheiros que compunham a relação poliamorosa.

No entanto, cabe mencionar que essa necessidade da legitimação da relação poliafetiva não diz respeito tão somente em relação com a herança e posse, mas também outros direitos, tais como os planos de saúde, o direito a adotar (já que os integrantes da relação poliamorar podem ter a intenção de constituir familiar), ao direito de habitação entre outros.

5 RELAÇÕES POLIAMOROSAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A sociedade brasileira é, em sua maioria, uma sociedade conservadora. Ainda domina no pensamento comum, a aversão ao que é considerado diferente daquilo que é ensinado como o correto e as constituições familiares que fogem ao padrão “homem, mulher e filhos”, não são aceitas.

Mesmo sem respaldo legal, casos de relacionamentos poliamorosos são comuns, principalmente pela ampla divulgação promovida pelas redes sociais.

Casos já foram registrados, onde cartórios de São Paulo (SP) e Tupã (SP), já teriam lavrado escrituras de União Estável para os integrantes de uma relação poliamorosa, pois como já supracitado, se não há tipificação na lei penal, supõe-se que há a permissão.

Neste caso, é importante falar que, tal atitude dos Cartórios, em lavrar as escrituras de união estável, foi proibida pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁰.

Contudo, bem como já mencionado, a sociedade é mutável, e é com a movimentação e busca pelos direitos que essa mudança chega a esfera jurídica, tal como aconteceu com as relações homoafetivas, que após a movimentação da sociedade, obtiveram os mesmos direitos

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Brasília: CNJ, junho, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>>. Acesso em 7 de setembro de 2021.

provindos de uma união estavel, tudo provindo da conscientização da população a cerca de igualdade, direito este já garantido pela Constituição Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a ampla pesquisa acadêmica, leitura de dissertações, consulta a notícias, e averiguação na Constituição Federal e nos CodígosCívil e Penal, podemos concluir que não há impedimento legal para a constituição familiar do poliamor, pois, como bem disse o Ex – Ministro Ayres Britto, tudo aquilo que a legislação brasileira não tipifica e proíbe, ela abre uma brecha para a permissão velada.

Saber diferenciar uma relação poliamorosa (que é constituída com a intenção de formar uma família, que baseia-se em uma relação de amor, de confiança, de carinho e de cuidado) de uma relação que envolve somente o aspecto carnal, talvez seja o início para a aceitação social.

É valido ressaltar que a desmarginalização precisa continuar, a sociedade precisa tomar conhecimento de que as relações poliamorosas não detem o aspecto somente o sentimento sexual, e que envolvem uma família.

A não proibição não basta, é necessario que o legislador brasileiro proteja, e englobe na lei essa configuração familiar, para que direitos basicos, tais como acesso ao plano de saúde do conjuge e as questões de herança não sejam negados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

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

CARDOSO, Daniel Rodrigues. **A quebra da exclusividade da família monogâmica e a repercussão sucessória da família poliamor**.

CHATER, Luciana. **União poliafetiva: a possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira.** 2015.

COLAVITTI, Fernanda. Reportagem: **O fim da monogamia.** REVISTA GALILEU. Editora Globo, Outubro de 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas.** Brasília: CNJ, junho, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>>. Acesso em 7 de setembro de 2021.

DA SILVA, Richardson. **Poliamor uma análise constitucional das relações socioafetivas na sociedade brasileira contemporânea.** Repositório de Trabalhos de Conclusão de Curso, 2019.

DA SILVA, Richardson. **Poliamor uma análise constitucional das relações socioafetivas na sociedade brasileira contemporânea.** Repositório de Trabalhos de Conclusão de Curso, 2019.

DE GODOI PENA, Bruno Henrique Bueno; DE CARVALHO, Cristiane Villar Souza. **Famílias Constitucionalizadas.** Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas, v. 3, n. 2, p. 75-93, 2019.

DE SOUZA, Lara Marcelino; RÊGO, Lorena Nogueira. **Contornos jurídicos, filosóficos e sociais da monogamia: paradigmas do poliamor no direito de família.** FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, v. 4, n. 2, p. 184-202, 2013.

MALMONGE, Luana Cristina. **Poliamor: a quebra do paradigma da “família tradicional brasileira”.** Revista JurisFIB, v. 8, n. 8, 2017.

MARQUES, Alinne de Souza. **O Reconhecimento Das Uniões Poliafetivas No Direito Brasileiro.** 2015.

NASCIMENTO, Maria Melyssa De Lima. **Eu, tu, eles: os reflexos do poliamor no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017.

NORONHA, Allysson de Oliveira. **Poliamor: problema da legitimidade jurídica de uma família originada por uniões estáveis simultâneas.** 2015.

PILÃO, Antônio C. **Reflexões sócio-antropológicas sobre Poliamor e amor romântico.** EDITOR E CONSELHO EDITORIAL, p. 490, 2013.

SANTIAGO, Gustavo Godinho de. **As famílias formadas pelo poliamor: uma análise acerca da possibilidade de seu reconhecimento jurídico.** 2018. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor.** 2014.

A UTILIZAÇÃO DE UNIFORMES NAS ESCOLAS E A DESCONSIDERAÇÃO DA INDIVIDUALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Lethícia Amaral Caires¹¹
Graciane Rafisa Saliba¹²
Maria Cecília Vilaça Moreira¹³

RESUMO

A presente pesquisa tem o condão de refletir sobre a política educacional que generaliza e deixa de reconhecer e atentar para a individualização dos alunos ante suas capacidades cognitivas e físicas, em conformidade com o Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A instituição de regras gerais e muitas vezes simplistas leva à desconstrução da personalidade dos estudantes assim como à formação de adultos com conduta pouco reflexiva e postura crítica. As proposições da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) primam pela individualização e reconhecimento das minorias e das especificidades, mas as práticas evidenciam uma conduta em desconformidade as diferenças existentes na sociedade. O vestuário, por exemplo, traz um meio de transmissão do pensamento e do modo de viver, mas muitas vezes é cerceado pelos parâmetros de colégios, colocando-os num padrão que não possibilita a sua expressão. A metodologia utilizada no atual trabalho se refere ao uso de interpretações da lei. A leitura da Lei de Diretrizes e Bases, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal de 1988 se baseando em seus artigos de proteção à criança e à educação. O tema se deu por meio do consumo de diversas reportagens sobre impedimento de alunos acessarem as escolas por falta de vestimenta correta e artigos sobre o mesmo.

Palavras - chave: Individualização; Alunos; Estado Democrático de Direito; Estatuto da Criança e do Adolescente; LDB.

1 INTRODUÇÃO

A padronização educacional no Brasil afronta o reconhecimento das diferenças e das especificidades de cada aluno, e muitas vezes ignora os traços da personalidade e a maneira

¹¹Estudante do bacharelado de direito da Universidade de Itaúna. E-mail aamaralcaires@gmail.com. Link para o lattes: <http://lattes.cnpq.br/4693649789646263>

¹²Doutora e Mestre em Direito pela PUC-MG. MBA em Direito do Trabalho pela FGV e especialista em Crise Econômica e Direito do Trabalho pela UniversidadCastillala Mancha, Espanha. Graduada em Direito pela UFMG. Professora na Universidade de Itaúna e Faculdade de Pará de Minas. Advogada. Bolsista na Academia de Direito Internacional de Haia. E-mail graciane@gracianesaliba.com.br. Link para o lattes: <http://lattes.cnpq.br/4762386374081250>

¹³Estudante do bacharelado de direito da Universidade de Itaúna. E-mail mariavilacaoficial@outlook.com. Link para o lattes: <http://lattes.cnpq.br/9928293366461312>

de expressão dos mesmos. Tratando os alunos como mini operários de fábricas, e sendo levados a seguirem ordens sem pensamento crítico e obedecendo ao sinal de sirenes, enfileirados e uniformizados, não tendo acesso ao direito de individualização, cria-se uma padronização que afronta os preceitos do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Roupas, penteados e maquiagens são as formas mais cotidianas de expressão cultural, religiosa e regional. Ainda assim crianças e adolescente são impedidos de cultivar suas individualidades visto códigos internos das escolas. O uso obrigatório de uniformes reprime os alunos e muitas vezes os deixam como vítimas de condutas vexatórias, visto quando são impedidos de entrar na instituição educacional. Não é difícil encontrar casos atuais e antigos sobre o assunto. Por exemplo o ocorrido no dia 21 de julho de 2021 onde uma escola barrou sua aluna devido a roupa de candomblé. Nesse caso a mãe de santo chamou a polícia e abriu um boletim de ocorrência por racismo religioso, porém nem sempre vemos uma reação como essa da família.

Mesmo que os casos de maior visibilidade sejam relacionados a roupas, há também a discriminação por uso de penteados, principalmente nas escolas militares. As quais exigem cortes específicos ou coques para as garotas de cabelos compridos. Também exigem o não uso de maquiagens, piercings e esmaltes de unhas. Literalmente fardam seus alunos dos pés à cabeça, incluindo seus adereços, contradizendo totalmente os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

Geralmente o uso de uniforme é cobrado no próprio estatuto interno da escola e é reforçado no cotidiano. Não é ilegal que instituições tenham seus próprios códigos, porém esses não devem ignorar ou transpassar nenhuma lei. O que é justamente o caso aqui retratado. Caso a criança compareça sem o uso do fardamento da instituição, ela corre o risco de ser barrada na entrada e mandada novamente para casa, contrariando assim a Constituição Federal de 1988, a LDB e o ECA que garantem a esses indivíduos o direito à educação e a proteção contra condutas vexatórias.

Os tópicos a serem estudados no seguinte trabalho são a padronização das vestimentas exigidas a crianças e adolescentes em âmbito escolar assim como sua conduta, as especificidades trazidas pela LDB e pelo ECA de acordo com tema e a afronta causada ao Estado Democrático de Direito diante de tal padronização.

2 PADRONIZAÇÃO DE VESTIMENTA E DE CONDUTA

A obrigatoriedade do uso de uniforme da instituição e anulação da individualidade dos alunos são tópicos pouco trabalhados pela política brasileira. Estudantes que não se apresentam nas escolas com o uniforme indicado pela mesma, por muitas vezes são impedidos de entrar no local e assistir as aulas, sendo mandados para casa. Atitude essa que contraria o artigo 3º da LDB: “Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;”. (BRASIL, 1961)

Nesse quesito deve ser citada também a Lei 8.907 de 06 de Julho de 1994 que diz em seu artigo segundo: “Art. 2º Os critérios para a escolha do uniforme escolar levarão em conta as condições econômicas do estudante e de sua família, bem como as condições de clima da localidade em que a escola funciona.”. (BRASIL, 1994). O que significa que as escolas não são proibidas de pedir, em seu regimento interno, uniformização. Porém devem se adequar a duas condições principais.

Quanto a condição financeira do aluno e de sua família, já se leva a entender que escolas de ensino público deveriam ter obrigação de fornecer a seus alunos pelo menos três blusas de uniforme de forma gratuita caso esse seja de uso obrigatório. Isso devido ao fato de que as escolas públicas tem como estudantes alvo os de baixa renda. Assim como deveria garantir troca anual ou diante de necessidade da criança ou adolescente. Já no segundo quesito qual seja o clima da localidade em que a escola funciona, entramos nas proibições absurdas de vestuário feminino principalmente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo terceiro diz

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 1990)

Entretanto, a exigência de uniforme, que não são oferecidos pelo Estado, muitas vezes levam à impossibilidade de frequência à escola, por falta de recurso para adquirir ou pelo

receio de frequentar com vestimenta diferente de todos os demais alunos, sendo inclusive alvo de discriminação e isolamento em decorrência da sua diferença.

3 AS ESPECIFICIDADES NA LDB E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei de Diretrizes e Bases (LDB) é a legislação que define e regulamenta o sistema educacional brasileiro, seja ele público ou privado. Esta legislação foi criada com base nos princípios presentes na Constituição Federal, que reafirma o direito à educação desde a educação básica até o ensino superior. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente tendo em base o artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a necessidade de respeito à integridade física, psíquica e moral, reconhecendo as especificidades, entretanto, a padronização impede esse reconhecimento individual e o desenvolvimento da criança como um ser plural e questionador.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990)

Há décadas estudantes de todo o país passam por humilhações e restrições devido ao cabelo, maquiagem, acessórios ou roupas usadas para frequentarem as escolas. Proibições de bonés, tipos de sapatos e uso de shorts e saias para as meninas são os mais comuns até hoje. Todo esse rigor se incluindo na quebra do respeito à identidade, autonomia, valores e ideias das crianças principalmente, quebrando assim o imposto no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dado os artigos, é claro o quão absurdo é proibir meninas de irem nas escolas com bermudas, shorts ou saias em tempos de calor. Lembrando que o Brasil, por quase todo seu território, alcança temperaturas acima de 30° C. Tal determinação é sexista uma vez que os meninos podem fazer uso de bermudas tão curtas quanto. A própria escola está, em sua decisão, fortificando e naturalizando a cultura do assédio e machismo contra nossas meninas assim como quando exige uso de sutiãs a adolescentes de certas idades em estágio de

desenvolvimento. Até mesmo calças rasgadas nos joelhos chegaram a serem proibidas muitas vezes sob a desculpa de tirar a concentração os alunos do sexo masculino ou até mesmo dos professores, sendo uma explicação ainda pior para a restrição. Além dos alunos já sofrerem opressão dentro das instituições de ensino, se a criança for do sexo feminino, ela é muito mais fortificada causando condutas vexatórias contra as mesmas. Pondo em vista que isso se enquadra crime diante do Estatuto da Criança e do Adolescente qual diz: “Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos.”. (BRASIL, 1990)

Citando aqui o artigo 15, também do Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990)

Fica ainda mais evidente como a criança e o adolescente são seres dispostos à proteção pela própria Constituição. Já com o artigo 18 do ECA: “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, 1990) fica demonstrado como essa proteção é dever de todos. Inclusive de diretores e professores. Ainda correlação ao respeito para com alunos, tanto de sua individualidade de agir e se expressar, como de pensar, temos um grande pensador e pedagogo o qual diz

O professor que desrespeita a curiosidade do educando, (...) que ironiza o aluno, que o minimiza, que manda que ‘ele se ponha em seu lugar’ ao mais tênue sinal de sua rebeldia legítima, tanto quanto o professor que se exime do cumprimento de seu dever de propor limites à liberdade do aluno, que se furta ao dever de ensinar, (...) transgride os princípios fundamentalmente éticos de nossa existência. (FREIRE, 1992)

Apenas com o que foi apresentado, as crianças e adolescentes poderiam se defender de boa parte dos abusos de autoridade colocados pelas instituições de ensino. Porém, infelizmente, a maioria das nossas crianças não tem conhecimento dos mesmos por não serem citados nos ambientes escolares. Algo que também contraria a lei exposta na Lei de Diretrizes e Bases

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte

diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. § 9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança, o adolescente e a mulher serão incluídos, como temas transversais, nos currículos de que trata o caput deste artigo, observadas as diretrizes da legislação correspondente e a produção e distribuição de material didático adequado a cada nível de ensino. (BRASIL, 1961)

Outro artigo em defesa do ensino de seus direitos e deveres se dá na Lei de Diretrizes e Bases em seu artigo 32 onde diz

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: § 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado. (BRASIL, 1961)

Ainda que as escolas faltem com sua obrigação dessa parte de ensino, a pressão sobre as crianças é tão grande que caso alguma delas aprenda a se defender em uso desses, muitas vezes por não terem um apoio parental por trás de si, perde a força de exercer seus direitos sendo silenciadas. Enquanto esse sistema falho continua a produzir adultos que não conseguem questionar a falta de seus direitos apropriadamente. Afinal não só as escolas ignoram os direitos de seus alunos, mas os pais também não possuem tal conhecimento e agem na ignorância de que os colégios estão sempre corretos em relação aos seus filhos, que devem calar e aceitar qualquer imposição contra sua individualidade.

4 UNIFORMES E PADRONIZAÇÃO: AFRONTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito vem insculpido no reconhecimento da democracia, das diferenças e das especificidades, e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 busca conduzir o país a tais diretrizes.

Nesse sentido, a padronização é opressora e reprime a expressão, elencada com direito fundamental no art. 5º da Constituição. O modo de vestir, o modo de falar, a conduta e o pensamento expresso em salas de aula são meios de expressão do pensamento e da liberdade.

Entretanto, ao criar-se a obrigação de vestimentas nas escolas, ainda que privadas ou militares, impossibilitam o reconhecimento de tal meio de expressão. De acordo com um jurista e magistrado brasileiro, qual foi ministro do Supremo Tribunal Federal de 1989 a 2020

É mais abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (MELLO, 1986)

Com relação as roupas e, voltando ao assunto de uniformização, tirando de cena a interpretação de que escolas são projetos de fábricas ou prisões nas quais crianças são oprimidas correlação aparência e pensamentos e não são necessariamente preparadas para as dualidades da vida adulta, procuramos o motivo para a obrigatoriedade de um uniforme. As respostas mais ouvidas de diretores e coordenadores são: primeiro para generalização dos estudantes e segundo para a identificação e proteção.

A primeira resposta não faz sentido algum se as escolas não disponibilizam os uniformes de forma gratuita no início do período letivo. Afinal, se querem uma regularização da aparência dos alunos para que nenhum seja vítima de mal comportamento dos demais por forma de vestir, deveriam levar em conta os alunos que não tem dinheiro para manterem uniformes novos, que se correlacionem com seu tamanho corporal que está em constante crescimento. Além das escolas que, ao receber um aluno desuniformizado, o obriga a se trocar e colocar uma blusa da fanfarra da escola ou algum uniforme de sobra da diretoria, que muitas vezes não cabe de forma apropriada em seu corpo. Se tornando assim a causa de início para o comportamento vexatório contra esse estudante por parte de outros. Se colocando contra sua própria desculpa de evitar o vexame por uso de roupas reguladas.

O segundo caso, para identificação do aluno caso algum acidente ou aula sendo cabulada, igualmente não tem força. Em caso de identificação de alunos, a escola poderia fornecer no início do ano crachás com nomes completos, instituição de ensino e até mesmo informações a mais como tipo sanguíneo e alguma comorbidade que a criança possa ter. Sendo o uso de tal crachá até mais efetivo em prol de informações em caso de acidente. Também poderia aderir o uso de braçadeiras ou broches que poderiam ser adequados a qualquer roupa que o estudante optasse por usar e que, novamente, fossem fornecidos pela instituição.

Em caso do desejo da escola de mesmo assim manter um uniforme que represente a instituição, que o mantenha de forma facultativa ao uso. Até porque mesmo que hoje uma criança vá a escola sem o uso desse uniforme ou quebrando qualquer código de vestimenta, mesmo que seja em uma escola militar, é inconstitucional barrar sua entrada e presença nas aulas dado artigo

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Assim como artigo 206 da Constituição Federal de 1988

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. (BRASIL, 1988)

O que acontece é que nenhuma criança ou adolescente pode ser privado de ensino. Seja por vestimenta, por religião, por condição financeira, por nada. Esses tipos de discriminação não são aceitos diante as leis que regem o nosso país. Porém, infelizmente, no quesito escolar houve um relaxamento tão grande na fiscalização que há décadas alunos vem sendo formados como pessoas incapazes de questionar seus direitos. Apenas abaixando a cabeça aos superiores e ao que quer que seja que eles imponham.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é um ramo importantíssimo para a vida em sociedade, pois é dele que vem a segurança e organização social, o bem comum e a justiça gerando paz social. O conhecimento de tais direitos é essencial para a convivência em comunidade e diante da falta desse conhecimento, é essencial a existência de pessoas que o tenham e o usem para a defesa em geral. Dessa forma, o reconhecimento das especificidades, das minorias e a liberdade de expressão são direitos fundamentais a serem protegidos e velados pelo Direito. Especialmente quando se tem como cume uma Constituição que evidencia um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, nenhuma instituição pode privar seus alunos de adentrarem ambiente escolar nem de presenciar aulas apenas por seu modo de se expressar e individualizar. Seja por roupa, maquiagem ou cabelo. Nenhuma escola pode os ridicularizar, expor ou violentar mesmo que por forma de palavras. Nenhuma escola tem o direito de punir de forma moral nem de pressionar de forma psicológica seus estudantes em prol de promover controle sobre o indivíduo. Por anos as escolas regem com suas próprias leis, ignorando as existentes que exigem seu modo de conduta. Está na hora de não só estudantes questionarem seus direitos e deveres, mas também seus pais e toda a rede de apoio à criança e ao adolescente.

Para tanto, a reflexão e o debate sobre a padronização deve ser erigido também na base, desde o ensino fundamental, para que os direitos de liberdade e expressão de pensamento sejam realmente cumpridos no meio educacional. Panfletos ou mini livros com os impressos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da LDB poderiam ser publicados e difundidos o para acesso à informação. Da mesma forma, partes da Constituição que digam respeito aos direitos fundamentais, da educação e da criança.

Uma postura reflexiva e democrática desde os ciclos básicos da educação propiciarão adultos mais participativos, inclusivos e menos autocráticos, menos preconceituosos. A luta para um bom desenvolvimento aos novos adultos, as novas mãos de trabalho que surgirão no mercado, começa por aqui. Começa pelas escolas, pela educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 6a Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB. 9394/1996.

BRASIL. Lei nº 8.907 de 06 de Julho de 1994.

UOL. Escola barra aluna por roupa do candomblé e mãe de santo chama a polícia, 2021.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Esperança: reencontro com a Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992

MELLO, Celso de. Constituição Federal anotada. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

UNIDADE II

Apresentação do Grupo de Trabalho II (Constitucionalismo Democrático e Direito Público)

No mês de setembro de 2021 ocorreu a XIV Jornada de Estudos Jurídicos da Faculdade de Pará de Minas. Nessa edição, além das brilhantes palestras realizadas, foram apresentadas pesquisas científicas realizadas por docentes, discentes e pesquisadores externos à IES, mostrando o desenvolvimento institucional das pesquisas científicas.

Nesse sentido, as pesquisas foram divididas em 4 grupos de trabalho (GTs), os quais foram divididos por temáticas específicas.

O Grupo de Trabalho 2 foi coordenado pelos Professores Cid Capobiango Soares de Moura e Marcio Eduardo Pedrosa Morais, tendo coordenado cinco pesquisas científicas na seara jurídica, todas elas perpassando pontos polêmicos no campo do Direito.

Nesse sentido, o primeiro artigo intitulado *CIDADANIA E REDES SOCIAIS: estratégias e desafios* foi escrito pelos autores Carla Imenes, Adriano Sant'Ana e pelo Professor Dr. Clenderson Rodriguez da Cruz. A pesquisa analisou o impacto da utilização das redes sociais para promover a cidadania ativa no âmbito municipal bem como analisar se técnicas de criação de postagens podem despertar visualmente o interesse dos internautas sem perder a qualidade da informação.

O segundo artigo, intitulado *A APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA AOS HIPOSSUFICIENTES*, foi escrito pela discente Risley Barbosa e pelo Professor Ms. Francisco José Vilas Boas Neto. O estudo analisou a aplicação da pena de multa e a hipótese de violação do princípio da igualdade, perpassando as principais alterações sofridas por tal sanção durante a história.

Em continuidade, foi apresentado o estudo sob o título *A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS*. O estudo foi elaborado por Juliana Capobiango de Vasconcelos Barros e pelo Professor Cid Capobiango Soares

de Moura. O estudo abordou, em linhas gerais e de forma objetiva, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados à Administração Pública Brasileira, bem como avaliou as principais dificuldades e empecilhos para a implantação da LGPD nos órgãos públicos nacionais.

O quarto artigo, intitulado *A FUNÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES E A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO COAF* foi escrito pela egressa Débora Regina Ribeiro Pontes e pelo Professor Cid Capobiango Soares de Moura. O estudo abordou a legislação nacional aplicada ao tema.

Por fim, o quinto e último trabalho, intitulado *LIMITAÇÕES QUANTO AO INQUÉRITO POLICIAL NA ATUALIDADE* foi escrito pela discente Izabela Ribeiro de Vasconcelos e pelo Professor César Augusto de Faria Freitas. O estudo estabeleceu o liame conceitual entre o modelo investigativo atual e o modelo anterior, se valendo de uma análise histórica e contemporânea. Nesse sentido, mediante a prerrogativa de levar a conhecimento geral uma evolução em âmbito temporal e normativo, objetivou-se averiguar sob quais circunstâncias surgiu e permanece a necessidade de limitações ao poder de polícia.

Não resta outra atitude neste momento que não seja parabenizar toda a equipe organizadora do importante e já tradicional evento, que objetiva potencializar o desenvolvimento intelectual e científico da comunidade acadêmica envolvente.

Enfim, essas pesquisas representam a maturidade da FAPAM, instituição de ensino superior. Boa leitura a todos!

Cid Capobiango Soares de Moura

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

CIDADANIA E REDES SOCIAIS: estratégias e desafios

*Carla Imenes¹⁴
Clenderson Rodrigues da Cruz¹⁵
Adriano M. Sant'Ana¹⁶*

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar o impacto da utilização das redes sociais para promover a cidadania ativa no âmbito municipal bem como analisar se técnicas de criação de postagens podem despertar visualmente o interesse dos internautas sem perder a qualidade da informação. O artigo representa a expansão da análise empírica desenvolvida no âmbito do Projeto Integrador da Faculdade de Pará de Minas. Por fim, tem como hipótese que as redes sociais podem promover o engajamento da cidadã e do cidadão na política municipal.

Palavras - chave: Direito. Cidadania. Educação. Redes Sociais.

1 INTRODUÇÃO

Não há mais limites entre a vida real e as redes, os estímulos diários oriundos das redes surgem desde o primeiro minuto do dia até o momento do repouso. A internet criou uma forma de relacionamento diferente entre as pessoas, que se conectam muito mais pelas redes do que por contatos presenciais. Por outro lado, inversamente oposto, a vivência política tornou-se uma experiência mais rara, embora a vida pública exija de nós um maior engajamento para o exercício pleno da cidadania, fazendo do projeto democrático uma realidade.

Sob tais premissas, o artigo ambiciona analisar se as redes sociais, por meio da criação de postagens visualmente atraentes para os internautas, sem perder a objetividade e qualidade da informação, podem auxiliar no engajamento cidadão no âmbito da política local.

Empiricamente, o artigo valeu-se da experimentação realizada no Projeto Integrador da Faculdade de Pará de Minas, no qual foi criado uma página social no Instagram, onde

¹⁴ Pós-doutorado na University of Sydney – Austrália. Doutorado em Educação no Programa de Políticas Públicas e Formação Humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduanda em Direito na Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. E-mail: carlaimesenes@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/3124052824778023>

¹⁵ Doutor em Direito Processual. clendersoncruz@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7986631822670463>.

¹⁶ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. E-mail: martinssantana@hotmail.com.

foram publicadas trinta postagens da última semana de março até a terceira semana de abril de 2021, período em que se atingiu 140 seguidores.

Acredita-se, levando em consideração os impactos das postagens nesse curto espaço de tempo e o número de seguidores atingidos, que as redes sociais catalisam o engajamento do cidadão e da cidadã, principalmente, em uma sociedade que tem convivido cotidianamente com *fakenews* (notícias falsas) e informações desconexas.

2 REDES SOCIAIS: VILÃS OU HEROÍNAS?

Para testificar a hipótese desse artigo, é necessário considerar inicialmente o acesso popular à internet. O cotidiano muitas vezes nos dá a sensação de que todos os brasileiros estão conectados, mas segundo a pesquisa TIC Domicílios 2019, trata-se de uma falsa percepção. O Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (CETIC.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), realiza anualmente a pesquisa TIC Domicílios, a fim de compreender o acesso à tecnologia da informação no país. O levantamento de 2019 constatou que apenas 67% dos lares brasileiros possuem acesso à internet.

Ainda que possamos imaginar que parte das pessoas que compõem os 33% de lares sem acesso à internet consigam alguma conexão no espaço laboral, nas instituições educacionais ou nos centros sociais, a TIC Domicílios alerta que apenas 77% da nossa população acessou a internet pelo menos uma vez na vida, de qualquer lugar (CGI.br, 2020). Considerando os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁷ nossa população atual é 213.076.519. Portanto, a informação que se revela é que mais de 49 milhões de brasileiros nunca navegaram na internet.

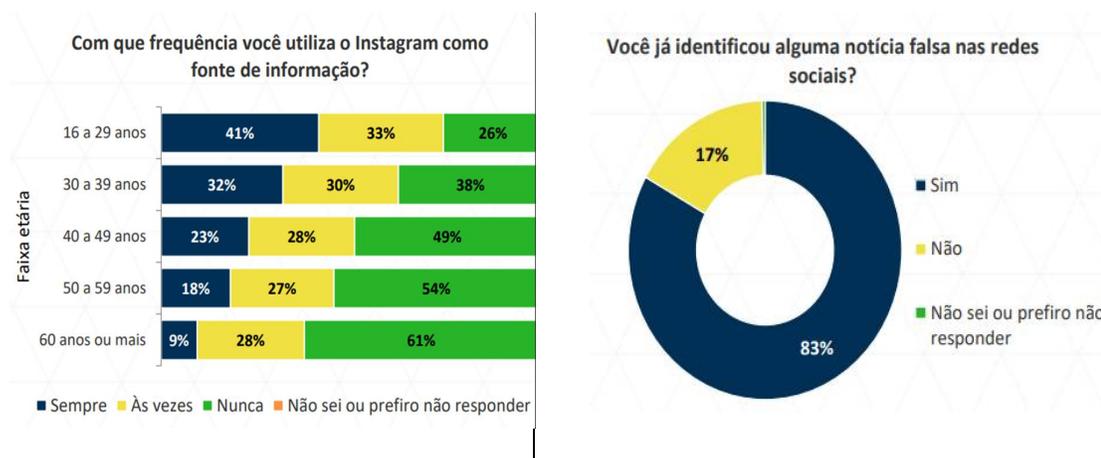
Saliente-se que para obter tais dados, o IBGE realiza uma entrevista presencial em cada domicílio. Se neles houver crianças ou adolescentes (9 a 17 anos), há a possibilidade de que os menores de idade sejam selecionados para participar do TIC Kids Online Brasil com intuito de conhecer o uso da internet deste grupo populacional em específico. Logo, o quantitativo de 49 milhões que nunca acessou a rede mundial não inclui crianças e adolescentes.

¹⁷ Dados de projeção atualizados podem ser consultados no site: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php

Sendo assim, é essencial desconstruir a ideia de que todos estão conectados. Diante do quadro pandêmico que enfrentamos desde 2020 e da constante pressão para que as instituições educacionais mantivessem ritmos e calendários acadêmicos secundarizou-se um ponto fundamental: ignorar a falta de acesso é fortalecer a exclusão social de uma significativa parcela da sociedade.

Reconhecemos, por conseguinte, as limitações que nossa hipótese enfrenta ao optarmos por divulgar informações sobre a gestão municipal via Instagram. Não obstante, ponderamos ser produtivo investir neste caminho de divulgação. Visto que, dentre as pessoas que acessam à internet, a frequência de uso “todos os dias ou quase todos os dias” é de 89%. Observamos que 75% dos usuários realizam o acesso com objetivo de se conectar às redes sociais. Ademais, verificamos que somente 26% dos usuários utilizam a internet para procurar informações oferecidas por sites do governo (CGI.br, 2020).

Destacamos ainda dois dados relevantes fornecidos pela pesquisa Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet, realizada pelo DataSenado em 2019 (BRASIL, 2019). O primeiro sobre o uso do Instagram como fonte de informação e o segundo sobre notícias falsas (*fake News*):



Fonte: DataSenado (Brasil, 2019).

Diante disso, compreendemos que o Instagram é um expressivo canal de informações e que requer atenção permanente sobre a veracidade das mensagens compartilhadas. Sopesando esta reflexão com o pouco acesso dos usuários da internet aos sites governamentais. Asseveramos a pertinência da criação do perfil no Instagram como forma de divulgar informações verdadeiras e de qualidade sobre a gestão do Município de Pará de Minas como forma de promover a cidadania ativa.

Respondendo a indagação inicial “Redes Sociais – vilãs ou heroínas?” consideramos que o foco é a qualidade do uso que o cidadão faz do seu tempo na internet, mas que não podemos ser ingênuos quanto ao poder que as plataformas como Instagram, Facebook, WhatsApp e outras exercem ao monitorarem e gravarem todos os nossos acessos. Tampouco, devemos subestimar a força que equipes de engenheiros e psicólogos podem exprimir no comportamento político e social a partir dos algoritmos que criam e dos usos dos dados gerados por estes. Conforme nos alerta, também, o documentário “Dilema das Redes” produzido pela Netflix.

3 O PERFIL “DIREITO, CIDADANIA E EDUCAÇÃO”

Após compreendermos e fundamentarmos o potencial do Instagram para promover a conscientização e a mobilização para exercer a cidadania ativa no Município de Pará de Minas, iniciamos o estudo sobre o conceito de cidadania ativa em diversos autores.

Adotamos como referencial teórico a definição de Cogan, Morris e Print (2002) que esclarecem que a cidadania abrange: **aspectos normativos** (o sujeito deve ser capaz de entender como funciona o governo do país, a legislação básica e os meios pelos quais as leis são criadas ou alteradas, seus direitos e deveres), **sentimento de pertencimento** (a pessoa deve ser capaz de compreender a identidade social e cultural da comunidade e do país, de desenvolver um sentimento de pertença à sociedade e de se comprometer com valores sociais instituídos), e **capacidade e disponibilidade de participação** (o indivíduo deve construir habilidades que lhe permitam participar de debates e decisões político-sociais, assim como gerar disposição para se integrar ativamente à vida pública).

Por conseguinte, a prática da cidadania ativa intensifica a vivacidade da democracia e consolida a justiça social. O cidadão é capaz de impulsionar, propor, fiscalizar, avaliar e atuar de forma determinante na gestão dos interesses públicos. A participação cidadã proporciona o desenvolvimento de:

[...] Um processo de vivência que imprime sentido e significado a um grupo ou movimento social, tornando-o protagonista de sua história desenvolvendo uma consciência crítica desalienadora, agregando força sociopolítica a esse grupo ou ação coletiva, gerando novos valores a uma cultura política nova [...] (GOHN, 2005, p.30).

Enfatizamos, portanto, que a participação popular no desenvolvimento das políticas públicas constitui-se como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito:

A participação popular na gestão pública é considerada um pressuposto do sistema democrático-participativo adotado pela CF/88, a qual trouxe inovações como proteção aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Essa participação é um princípio indissociável da democracia, garantindo, não só aos indivíduos, como também a grupos e associações, o direito à representação política, à informação e à defesa de seus interesses, possibilitando-lhes a atuação na gestão dos bens e serviços públicos (JESUS JUNIOR, CONSENZA, 2015, *online*).

Assim, de forma empírica, valemo-nos da experimentação realizada por meio da criação de perfil na rede social Instagram, no Projeto Integrador, cujo nome era “Direito, Cidadania e Educação” para que pudéssemos articular os conhecimentos abordados no Curso de Direito, o compromisso em colaborar com o fomento da cidadania e a convicção de que a educação é fundamental para que o cidadão fortaleça a democracia por meio de sua efetiva e contínua participação nos planejamentos e deliberações locais, bem como nos processos de implantação e fiscalização das ações do poder público.

Neste sentido, reverberamos a análise de Pedra (2010, p.109):

A participação popular constitui um comportamento político no qual o cidadão toma parte das decisões do Estado. Assim, embora seja possível dizer que não é somente nas democracias que se pode verificar a participação política, esta é imprescindível para aquelas.

Destarte, começamos a expor conceitos básicos sobre como funciona o poder legislativo municipal, a informar sobre acontecimentos cotidianos na Câmara e a estimular o engajamento social. Criamos 30 postagens e conquistamos cerca de 140 seguidores da última semana de março até a terceira semana de abril de 2021. A título ilustrativo apresentamos abaixo o histórico de publicações e disponibilizamos o link de acesso ao perfil:

Instagram

Pesquisar

direito_educacao_e_cidadania [Editar perfil](#)

30 publicações 132 seguidores 15 seguindo

PUBLICAÇÕES IGTV SALVOS MARCADOS

PARA DE MINAS
na palma da mão!
O APP DO CIDADÃO PARA-MINENSE.

DISPONÍVEL PARA ANDRÓIDE E IOS

BAIXE O APP EM SUA LOJA DE DESENVOLVEDORES, IDENTIFIQUE-SE COM SEU NOME E DATA DE NASCIMENTO

Saúde Digital MG - Covid 19
é uma plataforma que auxilia os cidadãos a realizarem uma autoavaliação de saúde com foco no Coronavírus e que vai facilitar o agendamento para a vacinação.

NPJ - FAPAM

Você conhece o Núcleo de Práticas Jurídicas?

O NPJ presta serviços de consultoria, assessoria e assistência jurídica às pessoas que não tem condições financeiras de arcar com honorários de advogados e com as custas do processo.

PROGRAMA IPTU JUSTO

VOCE CONHECE?

Kits de Alimentação SME/PNAE

Serão distribuídos a partir de 11/05.
Locais: unidades escolares.
Informações: (37) 32317836.

O que você gostaria de saber sobre a gestão da sua cidade?

Qual é a função da Secretaria Municipal de Educação?

i e-SIC
Serviço Eletrônico de Informação ao Cidadão

Você conhece o Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão?

Você conhece a Ouvidoria do Município de Pará de Minas?

Como fazer uma denúncia ao Ministério Público?

Qual a função da Defensoria Pública?

Qual a função do Ministério Público?

O que é democracia?

APROVADA!
RESOLUÇÃO Nº 06/2021

Reunião da Câmara
19/04 - 18h



Fonte: Instagram: https://www.instagram.com/direito_educacao_e_cidadania/

Ao longo do processo, percebemos que chamar a atenção das pessoas para as temáticas em pauta no perfil não era tarefa fácil e que conquistar *likes* e comentários exigiria tempo, mas, ao mesmo tempo, as reações aos *stories* e as mensagens indicavam que estávamos no caminho certo.

Foi utilizada a plataforma Canvas para criar as postagens devido a variedade de elementos, imagens e funcionalidades disponíveis, assim como, pelo manuseio ser simples e intuitivo. O designer personalizado permitiu investir em cores e imagens para atrair seguidores. Os fatores mais complicados foram: equilibrar a quantidade de texto/informação que se desejava comunicar e adaptar a linguagem acadêmica ao cotidiano.

O artigo 1º da CF evidencia que a cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, é inquestionável a importância que a sociedade em geral, e mais especificamente os operadores do Direito, devem dar à questão. Além disso, o parágrafo único assevera que todo poder emana do povo e que este exerce tal poder tanto pela via representativa, elegendo e podendo ser eleito; quanto por mecanismos diretos como plebiscito, referendo e iniciativa de projeto de lei. Os incisos IV e XV do artigo 5º elencam como garantias constitucionais o direito à livre manifestação do pensamento e ao acesso à informação.

Com efeito, a legislação em destaque corrobora com a perspectiva aqui defendida de que a informação é vital para a construção e manutenção de uma sociedade efetivamente democrática. Deste modo, diversas postagens concentraram-se em divulgar canais de acesso à informação, espaços de representação popular e serviços disponibilizados pela Prefeitura de Pará de Minas para que o cidadão participe da vida pública.

Por tudo isso, consideramos que o impacto inicial na comunidade foi positivo porque o crescente número de visualizações, curtidas e mensagens indicou que os seguidores consideraram úteis as informações transmitidas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal inferência que fizemos é que embora seja imprescindível o cidadão ter acesso à informação sobre os planejamentos e as ações da administração pública, não se pode olvidar a necessidade de criar espaços de interlocução a fim de garantir, para além da transparência, a participação ativa dos munícipes.

As redes sociais podem proporcionar amplos debates e viabilizar a participação política consciente e não restrita ao momento do voto. Construir canais de comunicação

simples e diretos com a população auxiliam tanto na divulgação e transparência dos atos administrativos, quanto no desenvolvimento de políticas que atendam as reais demandas da comunidade, mais facilmente identificadas no contato franco, aberto e permanente com os cidadãos.

Desta forma, nossa segunda inferência foi a primordialidade do Poder Público se esmerar na aproximação via mídias sociais para melhor mapear os setores que funcionam adequadamente ou não, os serviços e localidades mais carentes de atenção, às dúvidas e interesses do cidadão e a aplicação de recursos.

Por fim, concluímos que realizar o projeto nos propiciou melhor conhecer a gestão do Município de Pará de Minas e articular os conhecimentos acadêmicos aprendidos no Curso de Direito a realidade da nossa comunidade. Ademais, esta experiência pedagógica fomentou novos saberes e questionamentos. Por isso, há a pretensão de continuar alimentando de informações o perfil “Direito, Cidadania e Educação”.

REFERÊNCIA

BRASIL. Pesquisa Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet. Brasília, DF: Câmara dos Deputados e Senado Federal, 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/ouvidoria/publicacoes-ouvidoria/redes-sociais-noticias-falsas-e-privacidade-de-dados-na-internet>. Acesso em: 12 de maio 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

COGAN, J., MORRIS, P., PRINT, M. **Civic Education in the Asia-Pacific Region: Case Studies Across Six Societies.** Australia: Psychology Press, 2002.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no Brasil: **TIC Domicílios - 2019: Relatório de coleta de dados.** Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/microdados/os>. Acesso em: 15 maio 2021.

GOHN, Maria. **O Protagonismo da Sociedade Civil: Movimentos Sociais, ONGs e Redes Solidárias.** São Paulo: Cortez, 2008.

JESUS JUNIOR, Guilhardes; CONSENZA, Liz Zumaêta Costa. **A importância da participação popular através dos Conselhos Municipais na formulação e aplicação de**

políticas públicas no âmbito local. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44883/a-importancia-da-participacao-popular-atraves-dos-conselhos-municipais-na-formulacao-e-aplicacao-de-politicas-publicas-no-ambito-local>. Acesso em: 09 de setembro de 2021.

PEDRA, Adriano Sant´ana. **Participação popular no poder local: o papel do cidadão no aprimoramento das decisões do Executivo e do Legislativo municipal.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p. 29-56, jan./jun. 2010

A APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA AOS HIPOSSUFICIENTES

*Risley Barbosa Henriques
Francisco José Vilas Boas Neto*

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar a aplicação da pena de multa e a hipótese de violação do princípio da igualdade. Dessa forma, perpassará pelas principais alterações sofridas por tal sanção durante a história, o modelo atualmente vigente, sua incompatibilidade com a realidade social do Brasil e a perduração dos efeitos da condenação como uma de suas consequências.

Palavras - chaves: Pena de multa; Seletividade Penal; Princípio da Igualdade.

1 INTRODUÇÃO

A convivência humana implica em conflitos, que precisam ser resolvidos para que haja a manutenção da paz social. Dessa forma, desde a mais remota agrupação de pessoas existe pena, isso porque, para solucionar tais impasses, foi preciso a criação de regras, que, quando não observadas, resultam em consequências.

Uma das formas de punição para aqueles que infringiram a legislação aplicável é a pena de multa, cujo conceito pode ser retirado das brilhantes lições de Luiz Regis Prado (2019, p.815): “As penas incidentes sobre o patrimônio são denominadas patrimoniais e, quando impostas em dinheiro, pecuniárias. A pena de multa é uma espécie de pena patrimonial, de caráter pecuniário.”

O atual ordenamento jurídico prevê a aplicação da referida sanção de forma igual a todos, sem determinar a isenção daqueles considerados hipossuficientes. Sobre essa problemática o presente trabalho pretende, a partir da metodologia de pesquisa bibliográfica, responder a seguinte questão: A aplicação da pena de multa aos hipossuficientes vai de encontro ao princípio da isonomia infligindo maior punição a certa parcela dos sentenciados??

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE MULTA

Apesar de a pena pecuniária ter ganhado, durante sua história, caráter diferente do atual, como na Grécia e Roma antiga, quando era utilizada pela vingança privada com característica de indenização, a sua previsão é tão antiga quanto a própria ideia de pena em si, e se fez presente desde a antiguidade (Prado, 2019).

Nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bittencourt:

“Não é demais esclarecer que a sanção tinha, também aqui, caráter indenizatório, típico da vingança privada. Não era — nem podia ser — a pena pecuniária de hoje, cuja essência constitui-se em um pagamento, em favor do Estado, de determinada quantia em dinheiro, despida de qualquer ideia de indenização.” (2021, p.359)

Sua aplicação também sofreu alterações durante o decurso do tempo, sendo certo que uma das mais importantes e revolucionárias foi a volta da utilização do critério de dias-multa com modificação do Código Penal pela Lei 7.209 de 1984. (PRADO, 2019)

Segundo Damásio de Jesus e André Estefam, sobre o critério adotado “dia-multa: leva em conta o rendimento do condenado durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por 30 ou 365 dias; o resultado equivale ao dia-multa”. (2020, p.566)

BITTENCOURT afirma que a adoção do sistema dias-multa implica em uma aplicação para a pena de multa totalmente diferente daquela prevista no art. 68 do Código Penal, dispositivo que deve ser usado apenas quando da fixação das penas restritivas de direito. Segundo o autor, resta clara a distinção a partir da redação do art. 58 daquele mesmo diploma, que determina a observância dos limites impostos pelo artigo 49, também do mesmo código, no qual é estabelecido critérios específicos da pena em questão.

O autor salienta que deve, portanto, ser adotado o critério trifásico pertinente à multa, no qual a primeira fase deve se pautar no princípio da proporcionalidade, levando em conta a gravidade do crime, para encontrar a quantidade de dias-multa dentro de 10 e 360 dias-multa. Quando da segunda fase, para que se chegue ao valor de cada dia-multa, o importante é a observação da possibilidade econômica e financeira do réu. Já a terceira fase só ocorrerá em caso de o valor encontrado ao final da segunda fase não se fizer suficiente para a reprovação, momento em poderá ser triplicada a quantia obtida. (BITTENCOURT, 2020)

Acerca do sistema dias-multa cumpre destacar que sua previsão na referida Lei não foi inovação, e sim, seu ressurgimento na legislação brasileira, sendo certo que sua primeira aparição se deu ainda no Código do Império. Assim, dispõe PRADO que “O sistema de dias-multa é, originariamente, uma construção brasileira, e não escandinava, como, aliás, acabou por ficar conhecido em todo o mundo.” (2019, p.824)

Em 1996, a Lei 9.268 trouxe mais uma importante mudança. Ao extinguir a possibilidade da conversão da pena de multa em privativa de liberdade, antes prevista, o diploma legal alterou a redação do art. 51 do Código Penal para estabelecer que após o trânsito em julgado essa pena deverá ser considerada dívida de valor, sendo aplicáveis as normas previstas para a dívida ativa da Fazenda Pública. (BITTENCOURT; 2021)

A referida atualização causou grandes discussões sobre qual rito deveria ser aplicado após a reforma de 1996, sobre a natureza jurídica daquela pena e qual órgão possuía a legitimidade para proceder a execução, se o Ministério Público ou a Procuradoria da Fazenda Pública.

Foi apenas em 2018, quando a maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Ministério Público é quem a possui a preferência naquela execução, que a situação mudou. A questão foi discutida pela ADI 3.150 e na 12ª Questão de Ordem apresentada na Ação Penal (AP) 470. Na decisão, para fundamentar seu voto, o Ministro Luiz Roberto Barroso aduz que a própria Constituição Federal consagra a multa pecuniária como uma sanção penal.

Pondo fim a qualquer discussão, em 2019 foi promulgada a lei 13.964 que mudou a redação do art. 51 do Código Penal para inserir expressamente a competência da Vara de Execuções Criminais e deu legitimidade exclusiva ao Ministério Público para sua proposição. (NUCCI, 2021)

Resolvido tal impasse, passemos à estipulação de como deve ser feito pagamento da pena de multa. A lei de Execuções Penais prevê que, após expedida a certidão do trânsito em julgado da sentença, o Ministério Público irá requerer a citação do sentenciado para que ele pague a quantia que consta da condenação. O prazo para o pagamento será de 10 dias, e dentro do mesmo lapso temporal o condenado pode nomear bens a penhora. Se nenhuma das condutas previstas for tomada pelo executado, o estado conduzirá a penhora de quantos bens forem necessários para o adimplemento. Em qualquer dos casos de penhora, se por ato voluntário do sentenciado ou por atitude do executor, se se tratar de bem imóvel os autos serão remetidos ao juízo cível; já no caso da indicação se pautar em bens móveis a execução apenas seguirá a legislação processual civil.

Contudo, o Código Penal determina, para o pagamento, o prazo de 10 dias contados do trânsito em julgado da sentença, sem qualquer menção a citação. Relativamente a essa questão, BITTENCOURT salienta que o Código Penal regula o pagamento voluntário e a Lei de Execuções Penais a cobrança forçada. (2021)

Dentro das possibilidades de como o pagamento poderá ser realizado, além do pagamento integral recolhido de uma só vez ao Fundo Penitenciário, se encontra o desconto no vencimento ou salário do condenado, no qual o importe incidirá em no mínimo de um décimo e no máximo de um quarto, devendo sempre respeitar o necessário para o seu sustento e de sua família. O desconto pode incorrer também sobre a remuneração do preso. Sobre tais hipóteses, mesmo que o rito seguido seja aquele previsto para a dívida ativa da Fazenda Pública, NUCCI ressalta que “nada impede que seja aplicado o disposto no art. 168 desta Lei. O desconto no vencimento ou salário do sentenciado é a forma mais branda de execução, pois não lhe toma bens de maneira abrupta”. (2021, p.243)

Outra opção é o parcelamento do valor que deve ser requerido pelo condenado dentro do prazo de pagamento, 10 dias contados da citação. O juiz poderá proceder a diligências para apurar a situação econômica do réu e a real necessidade do parcelamento, que será revogado em caso de impontualidade no pagamento ou no caso de melhora na situação financeira do condenado.

Tais alternativas foram previstas porque, segundo BITTENCOURT:

(...) o legislador brasileiro sabia que a pena pecuniária incidiria mais frequentemente no menos privilegiado, no desafortunado. Por isso, previu, desde logo, a possibilidade de que esse pagamento pudesse ser feito parceladamente, em prestações mensais, iguais e sucessivas, ou então em descontos na remuneração mensal. (BITTENCOURT; 2020, p.306)

3 A ESCOLHA LEGAL PELA PUNIÇÃO DAS MINORIAS

Apesar de os autores aqui citados entenderem que a adoção de um sistema que leva em conta a situação econômica do réu, a proibição da conversão da multa em detenção e a possibilidade de parcelamento do valor, as regras aplicadas não atendem ao princípio da isonomia. Apesar de o Código Penal determinar a observância da situação econômica do réu, também prevê um mínimo a ser aplicado, não abrangendo dessa forma aquele sujeito miserável, que não possui quaisquer recursos.

Sendo assim, se o art. 60 do código penal define que o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, mas, por outro lado o mesmo diploma, em seu art. 49, dispõe que a sentença, para aqueles crimes que preveem esse tipo de pena, condenará em pelo menos 10 dias-multa, aqueles mais vulneráveis ficam reféns dos efeitos da sentença condenatória.

Uma pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que, nos anos de 2017-2018, dos 207, 1 milhões de habitantes do país, 84,9 milhões viviam em situação de insegurança alimentar. O que significa dizer que quase metade da população ou sofre restrições na alimentação ou efetivamente não tem o que comer.

A situação se agrava caso a condenação tiver como base a Lei 11.343/06, que prevê para o delito de tráfico o pagamento de, no mínimo, conforme art. 33 do diploma legal, 500 dias-multa. Vale dizer, mesmo que cada dia-multa seja quantificado na menor fração possível (um trigésimo do salário mínimo vigente) o valor a ser pago ainda será a exorbitante quantia de R\$ 18.333,33 (dezoito mil trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos).

Tal fato torna o pagamento da multa impossível não só para aqueles considerados como vulneráveis, mas para a maior parte da população brasileira que, apesar de possuir condições para uma alimentação suficiente, não auferir salário em quantia que extrapole suas necessidades básicas. E aqui esvazia-se também a possibilidade, menos severa, de desconto na remuneração trazida por Nucci, visto que nunca será satisfeito o requisito de o salário exceder o necessário a manutenção do sentenciado.

Segundo Salo de Carvalho, isso acontece pela seguinte razão:

Os estudos advindos da sociologia jurídica e da área sociológica da criminologia apontam que a dogmática jurídica, particularmente a penal e a processual penal, não fornece instrumentos suficientes para minimizar a lacuna existente entre normatividade e realidade social. (CARVALHO, 2015, p. 40)

De acordo com os dados divulgados pelos relatórios analíticos pelo Departamento Penitenciário Nacional no estado de Minas Gerais, durante o ano de 2018 foram cometidos 78.928 delitos, sendo que 25.495 foram crimes contra o patrimônio e 38.547 enquadrados na Lei 11.343/06. Ou seja, 80% das infrações cometidas tem finalidade lucrativa, demonstrando que “A partir da realidade social, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quando ao grosso da delinquência criminalizada, isto é quanto aos delitos com finalidade lucrativa, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis.” (ZAFFARONI; et al, 2003, p.117)

Isso acontece não porque são as pessoas em situação de debilidade econômica as que cometem mais crimes, mas devido ao fato de serem elas e os delitos praticados punidos pelas instituições penais. Zaffaroni, sobre a seletividade penal, diz que “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição

fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito etc.)” (ZAFFARONI, 1991, p. 130)

A discriminação é flagrante. Não existe isenção para pena de multa mesmo quando aplicada no valor mínimo em razão da hipossuficiência econômico-financeira do réu, no entanto os tribunais superiores entendem pela aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho para a exorbitante a quantia de até R\$ 20.000,00. Ou seja, mesmo que um crime de colarinho branco venha a ser objeto de uma persecução penal, ele terá tratamento privilegiado.

De tal modo, se de um lado há a necessidade de pagar e do outro pessoas em extrema necessidade, fica demonstrado que “mesmo o critério dia-multa não afasta todos os inconvenientes da pena pecuniária” (BITTENCOURT, 2004, p. 276). O resultado é a perduração dos efeitos da condenação, vez que a extinção da punibilidade do agente fica condicionada ao pagamento.

4 PERDURAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, no sentido de reconhecer à pena de multa o caráter de sanção penal, entendeu que, sendo essa sua natureza jurídica, a extinção da punibilidade do agente só acontecerá com o cumprimento integral da pena, estando o pagamento da pena de multa englobada na exigência. A decisão fez com que o Superior Tribunal de Justiça mudasse a tese por ele fixada em julgamento de demandas repetitivas de 2015, que reconhecia a extinção apenas com o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Assim, enquanto a pena não é integralmente cumprida, o sentenciado se vê privado do sigilo dos antecedentes, da possibilidade de regulamentação de sua documentação e de seus direitos políticos, conforme previsto pela Constituição Federal em seu artigo 15, III. Com isso, tendo em vista que o condenado não poderá alegar insuficiência de recursos para justificar o não pagamento e requerer a extinção da sua punibilidade, os efeitos supracitados perdurarão até a sua prescrição.

O art. 114 do Código Penal prevê que a prescrição ocorrerá no prazo de 02 (dois) anos para aquelas condenações que cominarem apenas multa e o mesmo lapso temporal da prescrição prevista para a pena restritiva de liberdade, quando aplicada de forma cumulativa ou substitutiva a essa. No caso da última hipótese, existe ainda mais uma agravante: o art. 117, inciso V do Código Penal estabelece que o cumprimento da pena restritiva de direitos ou

privativa de liberdade consiste em causa interruptiva da prescrição, ou seja, a contagem só irá começar após o cumprimento das outras sanções, o que leva a submissão do acusado aos efeitos da condenação por extensos anos.

Além dos numerosos anos até a prescrição, apenas depois de mais 05 anos é que o acusado se verá novamente primário, com o cumprimento do período depurador. A reincidência duradoura, nesses casos, acarreta ainda mais privações advindas da condição de hipossuficiente do condenado, como a impossibilidade de realização de acordo de não persecução penal, de responder ao processo em liberdade provisória, aumento no lapso temporal para progressão de regime e, em caso de nova condenação, impossibilidade de fixação de regime aberto, ainda que a pena seja inferior a quatro anos.

Nessa lógica, conforme Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar “as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado” (2003, p. 230). O que ocorre com a aplicação da pena de multa, nos moldes como prevista, hoje fere de morte o princípio da proporcionalidade. Ora, devemos entender que a pena cominada na sentença penal condenatória levou em consideração a suficiente reprovação para o delito praticado, sendo essa pena estendida por mais tanto tempo em razão da insuficiência financeira, a condenação é extrapolada fazendo com que o réu sofra penalidade desproporcional. A aflição do réu é medida não pela sua conduta, mas por sua conta bancária.

Conforme aduz Luigi Ferrajoli:

A pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar, de forma que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica assim submetido a uma pena por um fato alheio. Ademais, a pena pecuniária é uma pena desigual, ao ser sua formal igualdade bem mais abstrata do que a pena privativa de liberdade. Recai, de maneira diversamente aflitiva segundo o património e, por conseguinte, é fonte de intoleráveis discriminações no plano substancial. (FERRAJOLI; 2010, p.382)

Enquanto aquele condenado economicamente capaz de quitar o pagamento da pena de multa é liberado assim que é sentenciado ou quando acabada de cumprir sua pena corporal, o réu hipossuficiente, condenado pelo mesmo crime, é submetido a várias restrições por muito mais tempo.

Os condenados que cumprem toda a pena privativa de liberdade a eles imputada, se veem teoricamente livres. Porém, de fato, a o que acontece são egressos ainda “presos” por

diversas formas diante do inadimplemento da pena de multa. As consequências da pena, trazidas por FRANCESCO CARNELUTTI, que segundo ele ultrapassam aquelas escritas no papel, perdurando o sofrimento e o castigo durante a vida pós condenação do apenado, são maximizadas pelas restrições trazidas pelo inadimplemento da pena de multa. A ressocialização, que já é algo difícil para todos aqueles que passam pelo sistema carcerário, se torna impossível aos inadimplentes da multa, que nem são considerados sujeitos de todos os direitos de um cidadão. (2009)

5 CONCLUSÃO

Restando impossível a extinção da punibilidade, com uma certidão de antecedentes criminais que permanece com registros positivos, o que dificulta ainda mais a conquista de um emprego lícito, a finalidade de prevenção especial positiva, que tem como objetivo fazer com que o autor não cometa futuros delitos, cai por terra. Ora, se para recuperar amplo gozo de seus direitos, como por exemplo direito ao voto, é necessário o pagamento da multa, mas o apenado não possui recursos para tanto, e sem tal adimplemento, sem o sigilo dos antecedentes, não será fácil a reinserção no mercado de trabalho, a alternativa que pode ser encontrada é a volta a dedicação às atividades criminosas, num perverso círculo vicioso.

Lado outro, possuir recursos financeiros é sinônimo de ter extinta sua punibilidade de imediato, desfrutar de todos os seus direitos, e não somente o de ir e vir, como ter a possibilidade de se ressocializar. Concluiu-se que a situação apresentada está um tanto quanto em desacordo com os princípios informadores da pena e suas funções que alguém pobre, no sentido legal, possa sofrer por mais tempo os efeitos da decisão condenatória que outro alguém que possua condições econômico-financeiras para o adimplemento da pena. Ressalta-se entre esses o Princípio da Igualdade, que, segundo Alexandre de Moraes “o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça” (2017, p. 40)

REFERÊNCIAS

AYRES, Luna Floriano. **As alterações na execução e no cumprimento da pena de multa.** Conjur, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-22/luna-ayres-execucao-cumprimento-pena-multa#m_-649631529958354173_m_-4644672026659541663_m_-6106590453443953495__ftn4. Acesso em: 20 jun. 2021.

BITENCOURT, C. R. **Competência para execução da pena de multa a partir da Lei 13.964/19**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 294–312, 2021. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/37>. Acesso em: 17 maio. 2021.

BITENCOURT, Cezar R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 1 - PARTE GERAL**. Disponível em: Minha Biblioteca, (27th edição). Editora Saraiva, 2021.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 de jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 16 maio 2021

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

CAMPOS, Ana Cristina. **Insegurança Alimentar Grave Atinge 103 Milhões de Brasileiros**, Agencia Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/ibge-inseguranca-alimentar-grave-atinge-103-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em: 23 jun. 2021.

JESUS, Damásio, D. e André Estefam. **Direito Penal 1 - parte geral**. Disponível em: Minha Biblioteca, (37th edição). Editora Saraiva, 2020.

LEGITIMIDADE para execução de multas em condenações penais é do Ministério Público. Portal STF, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398607>. Acesso em: 15 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Grupo GEN, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (17th edição). Grupo GEN, 2021.

PNAD Contínua 2019: rendimento do 1% que ganha mais equivale a 33,7 vezes o da metade da população que ganha menos. Agência de notícias IBGE, 2020. Disponível em:

[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27594-pnad-continua-2019-rendimento-do-1-que-ganha-mais-equivale-a-33-7-vezes-o-da-metade-da-populacao-que-ganha-menos#:~:text=O%20rendimento%20m%C3%A9dio%20mensal%20real%20domiciliar%20per%20capita%20foi%20de,capita%20\(%2D5%2C3%25](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27594-pnad-continua-2019-rendimento-do-1-que-ganha-mais-equivale-a-33-7-vezes-o-da-metade-da-populacao-que-ganha-menos#:~:text=O%20rendimento%20m%C3%A9dio%20mensal%20real%20domiciliar%20per%20capita%20foi%20de,capita%20(%2D5%2C3%25). Acesso em: 25 de jun. de 2021

RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.861 - SP (2018/0329029-7). Relator: Rogério Schietti Cruz. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cumprimento-pena-pagar-multa-nao.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2021.

Regis, PRADO, L. **Tratado de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral - Vol. 1, 3ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2019.

Relatório Consolidado Estadual MG. DEPEN, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/MG/mg>. Acesso em: 28 de jun. de 2021

STJ fixa em R\$ 20 mil valor máximo para insignificância em crime de descaminho. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-06/valor-maximo-insignificancia-descaminho-20-mil>. Acesso em: 09 de set. de 2021.

Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 722561 RS 2005/0010991-0. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7163819/recurso-especial-resp-722561-rs-2005-0010991-0-stj/relatorio-e-voto-12888150>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Supremo Tribunal Federal STF- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 0000552-37.2004.1.00.0000 DF- DISTRITO FEDERAL 0000552-37.2004.1.00.0000 – Inteiro Teor. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768171224/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3150-df-distrito-federal-0000552-3720041000000/inteiro-teor-768171233>. Acesso em 29 de jun. de 2021.

ZAFFARONI, E. Raúl. et al. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume- Teoria Geral do Direito Penal.** 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

*Cid Capobiango Soares de Moura
Juliana Capobiango de Vasconcelos de Barros*

RESUMO

O presente artigo pretende abordar em linhas gerais e de forma objetiva a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados à Administração Pública Brasileira, bem como avaliar de forma concisa as principais dificuldades e empecilhos para a implantação da LGPD nos órgãos públicos nacionais. Para a elaboração do artigo utilizou-se o método indutivo, a técnica da pesquisa bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras chave: LGPD, Administração Pública, aplicação, desafios.

1 A LGPD NO BRASIL, COMO SURTIU E A QUEM SE APLICA

O Brasil, ainda no governo de Michel Temer, entendeu que necessitava construir uma legislação Nacional que regulamentasse a proteção e a privacidade de dados.

Sabendo que a Europa é o berço da proteção e privacidade de dados, o legislador brasileiro, ao invés de começar do zero, copiou em parte a legislação europeia, a GDPR (General Data Protection Regulation), contudo, em alguns pontos foram deixados em “branco”, ou seja, nossa legislação ainda é cheia de lacunas, e sendo assim, necessita de uma regulamentação posterior para que possa ser aplicada.

A Lei Geral de Proteção de Dados, sancionada em Agosto de 2018 tem o objetivo de Proteger os direitos fundamentais do cidadão, como o direito à privacidade, liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A norma surgiu para proteger as pessoas naturais, estabelecendo regras para o tratamento de dados, desde a sua coleta até o seu descarte.

A Lei se aplica tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas de direito público ou privado que tratem dados pessoais para fins econômicos.

Em seu artigo 1º a Lei dispõe:

“Esta lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público

ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”

§ único – As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)”

O dispositivo supra é claro quanto ao alcance da norma.

2 COMO A LGPD SE APLICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A cada dia que passa, aumenta consideravelmente em todos os setores o uso da tecnologia da Informação. Isso não é diferente quando se trata da Administração Pública. Cada vez mais a tecnologia e o tratamento de dados se tornam de extrema importância e utilidade para a administração pública.

A lei Geral de Proteção de Dados possui um capítulo exclusivo para o Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público (capítulo IV).

O artigo 23 da referida lei é bem específico em relatar

“O tratamento de dados pessoais, pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei do Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

II - (VETADO); e

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei; e (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

IV - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento.

§ 2º O disposto nesta Lei não dispensa as pessoas jurídicas mencionadas no caput deste artigo de instituir as autoridades de que trata a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

§ 3º Os prazos e procedimentos para exercício dos direitos do titular perante o Poder Público observarão o disposto em legislação específica, em especial as disposições constantes da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 (Lei do Habeas Data), da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei Geral do Processo Administrativo), e da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

§ 4º Os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas referidas no caput deste artigo, nos termos desta Lei.

§ 5º Os órgãos notariais e de registro devem fornecer acesso aos dados por meio eletrônico para a administração pública, tendo em vista as finalidades de que trata o caput deste artigo.

O artigo 24 da referida lei estabelece:

Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo.

Ressalta-se que para haver o tratamento de dados pelo Poder Público é necessário que exista uma finalidade específica. Assim como uma empresa privada, o Órgão Público também deverá indicar e nomear um encarregado (DPO) para que este seja responsável pelo tratamento de dados pessoais.

Noutro diapasão, tem-se que diferentemente das Empresas Privadas, os Órgãos Públicos necessitam respeitar o que dispõe a Lei do Habeas Data, a Lei Geral do Processo Administrativo e a Lei de Acesso à Informação no que diz respeito ao atendimento dos Titulares de Dados.

Todas as informações constantes nas Legislações acima citadas deverão ser consideradas e analisadas conjuntamente com o que dispõe a LGPD para atender de forma clara e objetiva o Direito dos Titulares de Dados Pessoais.

Salienta-se ainda, que as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista quando atuarem em regime de concorrência, deverão respeitar o que dispõe a LGPD em relação as empresas privadas e em relação a questão do poder público. A LGPD disciplina que a governança dos dados e a estrutura do armazenamento dos dados quando referente ao

Poder Público, deverão sempre ser pensados e estruturados da melhor forma a execução das políticas públicas e a persecução do interesse público.

Ao Poder Público será imputada a responsabilidade de garantir que o compartilhamento dos dados, das informações pessoais armazenadas somente sejam efetuados nos casos de necessidade para a Execução de uma Política Pública ou para o Fornecimento de um Serviço.

Sendo assim, é proibido o compartilhamento de dados e informações entre o Poder Público e Empresas Privadas sem finalidade específica (interesse público ou execução de políticas públicas), devendo sempre ser respeitados os Direitos dos Titulares de Dados

A LGPD, contudo, traz uma exceção, permitindo o compartilhamento dos dados em casos de Proteção ao Crédito, quando for necessário para a Segurança Nacional e quando for para garantir a Saúde Pública

O Estado, assim como as Empresas Privadas será responsabilizado pela Autoridade Nacional em relação as operações de tratamento de dados. A Autoridade Nacional poderá solicitar ao Estado, relatórios de impacto aos direitos dos titulares, promover auditorias, fiscalizações e o que mais for necessário para garantir o Direito dos Titulares de Dados.

3 AS DIFICULDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SE ADEQUAR A LGPD

Sabemos que a Administração Pública está determinada em atender todas as regras impostas pela Lei da Informação no que tange à transparência e Publicidade e ainda, agora, precisa estar em conformidade com as determinações impostas pela Lei Geral de Proteção de Dados quanto a privacidade.

Isso não é tarefa fácil, visto que neste processo é preciso cuidar de diversos tipos de dados tratados pela Administração Pública. De um lado temos inúmeros dados fornecidos de formas e maneiras diferentes e de outro lado lidamos com a necessidade de implantação e efetivação de serviços de natureza tecnológica, treinamento de pessoal, normatização interna, ambientes seguros, maquinários adequados, tudo, para permitir que os dados sejam tratados de forma adequada e com a segurança que lhe é devida.

Uma das medidas que poderia ser utilizada para manter a segurança dos dados dos titulares na Administração Pública é a Anonimização dos Dados. Isso significa que os dados pessoais não serão mais considerados, a não ser para fins estatísticos. Já os dados pseudoanonimizados, podem ser revertidos quando necessário.

O processo de adequação e monitoramento deve ser contínuo para um melhor aproveitamento, para mitigar e reduzir riscos, controlar e evitar ameaças, melhorar processos, reduzir custos, tratar inovações e novos conhecimentos.

4 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS A SEREM APLICADAS ÀS ENTIDADES E ÓRGÃOS PÚBLICOS

Em conformidade ao §3º do artigo 52 da Lei Geral de proteção de Dados, são aplicadas ao poder públicos as seguintes sanções administrativas aplicáveis pela Autoridade Nacional:

“Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:
(Vigência)

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

(...)

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

(...)

X - (VETADO) ; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(Revogado)

(Promulgação partes vetadas)

XI - (VETADO) ; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(Revogado)

(Promulgação partes

vetadas)

XII - (VETADO) . (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(Revogado)

(Promulgação partes vetadas)

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...)

§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do caput deste artigo poderá ser aplicado às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).”

Neste sentido, vemos que Entidades e Órgãos Públicos também serão punidos pela ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) com sanções administrativas, contudo, existe uma ressalva, as sanções aplicadas não podem ser pecuniárias.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, não faz distinção em sua aplicação quanto as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Entretanto, conforme relatado a Administração Pública enfrenta um desafio enorme para implantação da norma. Principalmente em municípios menores a dificuldade em possuir equipamentos e até mesmo recursos humanos especializados é notória.

O que se espera é que o Administrador Público tenha consciência da necessidade de se proteger os dados pessoais dos usuários de serviço público e que a omissão nessa obrigação poderá gerar consequências drásticas para a Entidade Pública, nos termos da lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal in Vademecum .4. ed. Ver., e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Lei 14.709 de 14 de agosto de 2018. in Vademecum .11. ed. Ver., e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

A FUNÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES E A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO COAF

*Cid Capobiango Soares de Moura
Débora Regina Ribeiro Pontes*

RESUMO

O presente artigo pretende abordar em linhas gerais e de forma objetiva a responsabilidade dos agentes públicos Notários e Registradores em (não) prestar informações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF, bem como avaliar de forma concisa a legislação nacional aplicada ao caso em comento. Para a elaboração do artigo utilizou-se o método indutivo, a técnica da pesquisa bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras - chave: Notários, Registradores, Responsabilidade, Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF.

1 INTRODUÇÃO

A atividade notarial e registral é uma organização técnica e administrativa, com a finalidade de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e a eficácia jurídica dos atos, principais princípios norteadores para a função. É exercida por uma pessoa física privada, profissional do direito, em caráter pessoal, dotado de fé pública a quem é delegado o exercício da atividade. O ingresso à atividade se dará mediante concurso público e os seus atos estão sujeitos à fiscalização do Poder Público, conforme dispõe o artigo 236 da Constituição Federal.

“Art. 236 - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público e os atos de seus agentes estão sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, consoante expressa determinação constitucional (art. 236, CRFB/88).”

Por exercerem um feixe de competências estatais, os titulares das serventias extrajudiciais qualificam-se como agentes públicos.

Alguns doutrinadores questionam se a atividade em questão deveria ser considerada de personalidade jurídica e não física, mas, está jurisprudencialmente pacificado e legislado, que o notário e o registrador exercem um feixe de competência estatal, qualificando-os assim como agentes públicos, não dotados de personalidade jurídica, respondendo, na pessoa do agente, por todos os danos causados quando perquirida a existência de dolo ou de culpa

(responsabilidade subjetiva) afastando dessa forma a responsabilidade objetiva da função, portanto, para haver a responsabilidade do agente causador, além da existência da culpa ou o dolo, subsistirá o ato do agente (conduta comissiva ou omissiva); dano (ofensa à esfera jurídica); nexos de causalidade (ato ofensor e o dano) e, claro, a imputabilidade do responsável pelo dano. Neste sentido entendeu o Supremo Tribunal Federal no Julgamento do RE: 842.846, Localidade de Santa Catarina, julgado em 27/02/2019, Ministro Relator: Luiz Fux.

A função é regulamentada pelas leis 6.015 de 1973 e a 8.935 de 1994, e pelos códigos de normas Estaduais, onde se fazem presentes todos direitos, deveres, atribuições e competências aos notários e registradores. Sendo, dever prestar um bom serviço, de modo eficiente, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendendo as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivo de livros e documentos. Compete ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) dirimir em relação à atividade, e a cada Estado elaborar o seu código de normas para facilitar a agilidade do serviço.

2 DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO COAF

Recentemente foi atribuída à atividade cartorária - através do Provimento nº. 88/2019 – pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que no desempenho das atividades que trata a Lei 8.935/1994, o dever de colaborar, como medida, a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, visando à avaliação da existência nas suspeitas transações dos usuários dos serviços realizados nas serventias, dando mais atenção àquelas incomuns ou que, por suas características, no que tange partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou de alguma forma, a falta de fundamento econômico ou legal, que podem configurar indícios aos crimes previstos na Lei 9.613/1998.

Trazendo, portanto, a obrigatoriedade, de auxiliar o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, de modo que, sempre que preenchidos alguns dos requisitos, deve-se informar, através da Unidade de Inteligência Financeira – UIF, ligada ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF, qualquer transação praticada pelo notário ou registrador quando houver indícios na formalização do ato, quesitos objetivo e subjetivo. Como exemplo, operação que indique substancial ganho de capital em um curto período de tempo; registro de documento ou título em que conste declaração das partes de que foi realizado pagamento em espécie ou título de crédito ao portador de valores igual ou superior a R\$30.000,00 (trinta mil reais), dentre outros, sendo dedicada especial atenção à operação que

envolva pessoa exposta politicamente, bem como os seus familiares, estreitos colaboradores ou pessoas jurídicas de que participem, conforme dispõe o provimento 88/2019 do CNJ.

São as informações fornecidas pelo notário e registrador que de certa forma poderão contribuir com o órgão, cabendo a este, o ente público fiscalizador, proceder com análise necessária para averiguar se o negócio jurídico realizado é uma forma de camuflar o ato ilícito, pois, como é sabido, nas transações ilícitas intenta-se tornar lícitas transações de origem viciadas, não quanto à forma, pois essa, a depender, os notários e os registradores poderá deixar de praticar o ato por se tratarem de atos nulos de pleno direito. Ressaltamos que os atos praticados por eles possuem presunção relativa, sendo assim, passíveis de revisões pelo poder judiciário, quando provocado.

Mesmo suspeitando que o negócio jurídico realizado é um meio para a lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo, o agente público não poderá deixar de praticar o ato, por se tratar de um dever da sua atividade, diferentemente da prática de um ato que seja considerado nulo. Neste sentido define a Lei 8.935/94 no artigo 6º.

“Art. 6º: Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;”

O objetivo da norma é regulamentar a forma que o agente público deve-se comunicar ao COAF nas operações que possam configurar indícios somente aos crimes de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, ou com eles relacionar-se. Havendo previsão no provimento tão somente a suspeita do ato e não a prática do ato, entendendo assim, que para concretizar a suspeita há a necessidade da conclusão do negócio, que é a sua formalização.

Ressalta-se que frequentemente há pagamentos de impostos para legalizar dinheiro de origem ilícita, que é oposta ao crime de sonegação fiscal, entretanto, na tentativa de torna-lo lícito o dinheiro obtido a partir da sonegação fiscal acabando configurando, em alguns casos, o crime da lavagem de dinheiro.

Uma das principais alterações para formalizar o ato jurídico se deu em relação à forma e o meio de pagamento, conforme dispõe o artigo 33, §1º, VI e VII do Provimento 88/19, pois é o principal indício dos crimes que se pretendem combater é o pagamento em espécie (dinheiro), tendo como forma à vista ou a prazo. Quanto ao meio de pagamento podem ser através do dinheiro, cheque, transferência bancária, boleto bancário, cartão de crédito e débito.

Neste sentido, os titulares da delegação, pela função constitucional exercida e atuando com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade e a eficácia e aos que regem a atividade administrativa, a boa-fé objetiva e subjetiva, sob pena de configurar a prática de ato ímprobo, podendo acarretar uma sanção civil, administrativa e penal, garantindo assim a segurança necessária aos atos jurídicos, vem informando todos os atos por eles praticados e que preenchem algum dos requisitos. As comunicações “de boa-fé” não implicam responsabilidade civil, administrativa ou penal, ao contrário dos descumprimentos das obrigações, pois essas ensejam as sanções previstas no artigo 12 da Lei 9.613/1998, sendo aplicadas pelo CNJ ou penas CGJ’s, de acordo com o regulamento do COAF.

Portanto, se o agente deixar de comunicar o COAF, entende-se que essa omissão não configura como crime omissivo, pois este não é garantidor, mas responderá por um ilícito administrativo.

Verifica-se, pois, a imprescindibilidade nas funções e atribuições exercidas ao agente público quer seja nas comuns ao cargo notarial e registral, quer seja nas relativas à solidariedade no que diz respeito às informações prestadas ao COAF.

Ademais, e não menos importante, deve-se ter como princípio básico o respeito as suas limitações éticas, evitando-se desvirtuar-se das atribuições e deveres delimitados pela legislação pertinente. É certo que cabe ao agente público em cumprimento ao disposto na norma informar a transação imobiliária praticada. Contudo, cabe ao Órgão Fiscalizador apurar eventuais irregularidades.

3 CONCLUSÃO

Discricionariedade, como nos ensina o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles é quando o “Direito concede à Administração, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos a liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.” (Meirelles, 2006).

A função pública do Notário e do Registrador é eminentemente discricionária. Neste sentido, cabe ao agente público avaliar as transações que são submetidas à sua atividade e a partir de então auxiliar no combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Entretanto, como foi dito alhures, a simples suspeita de ilicitude não pode ser justificativa para negativa de se praticar o ato de registro, pois, conforme também citado, a negativa somente poderá se embasar na nulidade do ato praticado. Caberá ao agente público

informar a atividade suspeita e as medidas cabíveis a partir de então ficam a cargo do órgão de controle.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal in Vademecum. 4. Ed. Ver, e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994. in Vademecum .4. Ed. Ver, e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 842.846/SC – relator Min. Luiz Fux. Data de Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628884/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-842846-sc-santa-catarina/inteiro-teor-311628893>. Acesso em: 05 ago. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMITAÇÕES QUANTO AO INQUÉRITO POLICIAL NA ATUALIDADE

*Izabela Ribeiro de Vasconcelos¹⁸
César Augusto Faria Freitas¹⁹*

RESUMO

O presente artigo visa estabelecer o liame conceitual entre o modelo investigativo atual e o modelo anterior, se valendo de uma análise histórica e contemporânea. Nesse sentido, mediante a prerrogativa de levar a conhecimento geral uma evolução em âmbito temporal e normativo, busca-se demonstrar sob quais circunstâncias surgiu e permanece a necessidade de limitações ao poder de polícia.

Palavras Chave: Inquérito Policial; Poder de Polícia; Abuso; Controle de Atuação.

1 INTRODUÇÃO

O inquérito é o procedimento que antecede a fase processual, com base em umareconstituição dos fatos que posteriormente resultam em indícios a serem apurados no estágio judicial. É considerado o passo inicial após o cometimento de uma infração penal. Em sequência, é oferecido pela polícia judiciária ao Ministério Público e posteriormente ao juiz, em se tratando de medidas cautelares e pedido de prisão; e é esse um dos principais motivos que conferem tamanha relevância a esta etapa.

Apesar de não ser durante esse período oportunizado o contraditório ou mesmo a ampla defesa, o inquérito atual é realizado dentro das regras a ele impostas e no limite da autoridade competente, mas nem sempre ocorreu desta forma. O inquérito há algumas décadas subsidiou palco para delegados despreparados e inconsequentes, integrando casos intrigantes e questionáveis. De tal modo, ele carecia urgentemente de alterações, o que ocorreu em observância a todos os dispositivos legais, pois, sabe-se que a prática policial de um Estado reflete fundamentalmente os princípios do país em questão.

Tal prática foi intensamente impulsionada por doutrinadores, os quais assumiram o papel de dissertar a respeito de todos os requisitos esperados de um inquérito legal. Para tanto,

¹⁸ Estudante do Curso de Direito da FAPAM. izabelaribeirodevasconcelos@gmail.com. (37)99973-1732.

¹⁹ Delegado de polícia civil, professor na FAPAM e orientador do presente artigo. cesarffreitas@yahoo.com.br.

a investigação como um todo foi ressignificada, mas sempre há o que aprimorar, e um sistema acusatório eficaz entende e estimula a isso. Atualmente, processualistas de todas as partes discutem conceitos e alterações, mas jamais se esquecem das motivações iniciais que constituíram o inquérito com a devida distribuição de funções, e serão estes os motivos que fundamentam a necessidade de adequação constitucional ao inquérito.

2 CONCEITO DE INQUÉRITO

O conceito de inquérito é amplamente discutido, posto que em virtude de uma lacuna normativa e doutrinária policial seu juízo restou a cargo de alguns processualistas, e os autores, por sua vez, realizam a compreensão com base em suas perspectivas individuais. Em linhas gerais, todavia, processualistas consagrados como Nestor Távora, Guilherme de Sousa Nucci e Renato Brasileiro constituem o entendimento majoritário de que o inquérito policial é um procedimento administrativo de natureza informativa e inquisitória. Constitui fase pré-processual que tem início após a notícia crime, seja ela direta, indireta, coercitiva ou delatio criminis.

Após levado o fato a conhecimento da autoridade competente, ela exercerá sua função típica de polícia investigativa, através da abertura do inquérito pelo delegado responsável. Referido procedimento tem dez dias para estar pronto se o investigado houver sido preso em flagrante e trinta dias quando estiver em liberdade, conforme disposto no art. 10 do CPP; entretanto, com o advento do pacote anticrime (Lei 13964/19) houve a possibilidade de flexibilização deste prazo ainda que não se tratando de policiais federais, especificamente em seu art.3º. A saber:

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Durante o período supracitado, todos os atos seguintes tem por intuito produzir um documento com vistas a relatar ao Ministério Público, que será o responsável por analisar o conjunto de informações e oferecer a denúncia ao juiz, o máximo de elementos possíveis. Importante ressaltar que o inquérito é uma fase pré-processual, por isso muitas vezes nomeado como ato administrativo, é dotado de caráter inquisitório, sigiloso, discricionário, desprovido de contraditório ou mesmo ampla defesa ou quaisquer intervenções de natureza

judiciária; o que não impede o MP de ordenar o retorno do material posteriormente para complemento sob o argumento de ausência de elementos contundentes.

Sob essa ótica, é coerente salientar que todas as características mencionadas acima são aplicadas às autoridades como prerrogativas especiais, a partir do instante em que o inquérito é entregue ao Ministério Público, ele imediatamente adquire caráter acusatório. Nesse sentido, houve um projeto elaborado pelo senador Roberto Rocha, o projeto de lei (366/2015) desenvolvido com o propósito de alterar o decreto vigente (3869/1941) e instaurar um método ainda na fase investigativa que proporcione ao investigado e seus advogados o acesso aos indícios coletados durante a investigação. Positivamente a iniciativa, foi então sancionada a lei 13.245/2015, a fim de possibilitar ao operador do direito, consulta a tais diligências.

3 ANÁLISE HISTÓRICA

Sob o panorama histórico, sempre existiu na vida em sociedade algum órgão (ou na falta dele pessoa), incumbidos de apurar os fatos considerados como infrações e que despertassem o interesse punitivo do Estado. Na seara investigativa em especial, tem-se que a primeira normatização que viria a evoluir até o inquérito atual foi o Decreto 4.824 de 22 de Novembro de 1871, outorgado por Dom Pedro II, o qual apresentou a seguinte disposição:

Do inquerito policial

Art. 38. Os Chefes, Delegados e Subdelegados de Policia, logo que por qualquer meio lhes chegue a noticia de se ter praticado algum crime commum, procederão em seus districtos ás diligencias necessarias para verificação da existencia do mesmo crime, descobrimento de todas as suas circumstancias e dos delinquentes.

De 1871 a 2021, o cenário de todos os âmbitos evoluiu, mas a essência permanece a mesma; apurar a notícia crime, investigar, levantar dados importantes com o intuito de descobrir autoria e materialidade. O cenário histórico portanto, buscava dirimir a lide a todo custo, contando com bem menos recursos voltados a respeitar a presunção de inocência do investigado, princípio do qual nem mesmo se falava. A autoridade judiciária tinha competência para solicitar diligências e influir diretamente na atividade policial, tendo acesso sempre que requisitado aos indícios em curso; o prazo para finalização do procedimento era de apenas 5 dias, e com tais atos, o procedimento não poderia ser muito garantista.

No modelo atual em contraponto, sequer a confissão realizada à autoridade competente é argumento suficientemente legal para afastar a necessidade do inquérito. O juiz

de garantias, abordado pelo Pacote Anticrime por exemplo, inovou ao estipular dois juízes em se tratando da área criminal, com o intuito de exercer um sistema acusatório puro, por meio do qual um mesmo processo dispõe de dois juízes, mas só um deles tem acesso ao inquérito, a fim de coibir qualquer natureza de contaminação no convencimento do juiz que arbitra a sentença, incentivo a apuração e maior imparcialidade possível .

Traçando um comparativo entre os princípios histórico e contemporâneo, é possível garantir com veemência que a evolução foi imensurável, ainda que o objeto continue a ser o mesmo, a alteração se deu no modo como a justiça é buscada, mediante imparcialidade e respeito ao princípio da presunção de inocência. No tocante a polícia judiciária, a qual fora anteriormente exercida por magistrados que concentravam em uma só pessoa a possibilidade de investigar e punir, atualmente vigora a observância ao garantismo e a total separação entre as funções investigativa e julgadora.

4 CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DE UM INQUÉRITO TENDENCIOSO

Após realizada a análise do quão parcial o inquérito já foi, notoriamente surgem questionamentos a respeito de como esses princípios basilares foram inseridos, e a quão duras penas o sistema como um todo foi remoldado. Sob esse prisma, insta mencionar que mesmo após a reestruturação do conceito investigativo, houve e ainda há casos recentes os quais vão de contraponto a todas as garantias apresentadas até então.

No plano exemplificativo em esfera brasileira, ganha destaque o Caso dos Irmãos Naves, que no ano de 1937 foram investigados e indiciados por um crime que não cometeram, um assassinato na cidade de Araguari-MG. O fato que não deveria sequer ter ultrapassado a fase investigativa, não constituiu indícios relevantes, e toda a tese investigativa foi instruída meramente por um midiático e inábil militar em busca de confissão a qualquer preço. Como resultado, um deles perdeu a vida enquanto tentava provar sua inocência e o outro foi indenizado pelo Estado, como ressarcimento a anos de tortura e violência psicológica.

Nesse contexto, faz-se crucial mencionar o repercutido Caso da Escola Base, que, em pleno ano de 1994 levou os donos de uma escola de educação infantil em São Paulo-SP a serem indevidamente indiciados por abuso sexual contra as crianças que ali frequentavam. O resultado não podia ser diferente, despreparo do delegado que conduziu a investigação, inobservância da presunção de inocência, veiculação de fatos que restavam incomprovados pelas autoridades competentes e essas pessoas sofreram linchamento das mais diversas formas

e veículos possíveis. Se tornando eternamente marcadas perante o convívio em sociedade, e, mais uma vez, meramente ressarcidas economicamente por uma falha gritante do Estado.

A mencionada falha do Estado é em um contexto geral; policial, jurídico e de todos os que tem o dever de agir com cautela e em conformidade à lei, mas, a crítica em questão é dotada de caráter policial, com ênfase no inquérito, que é o procedimento que serve de base a todos os atos que se seguirão a partir do momento em que entregue a autoridade judiciária para avaliação. Os casos citados são alguns dos que aconteceram para que o ato investigativo pudesse ter um pouco mais de atenção e ficasse explícita o quanto uma investigação má conduzida resulta em danos irreparáveis.

Os delegados envolvidos em ambos os casos apresentam sinais de imprudência, e é fundamentalmente essa característica que busca-se coibir. Na esfera penal, o consentimento desses delegados em uma simples autorização para publicação de casos nos quais os inquéritos não foram finalizados, é uma carta branca que subsidia palco para a mídia. As notícias veiculadas limitam-se ao ganho e elevação de audiência; informação carente de fontes e que, obviamente, resulta em revolta popular de um público leigo. Em ambos os casos, geram consequências incorrigíveis com um mero provento econômico.

Com o fito de coibir atos como os supracitados, foi promulgada a lei 13.869/19, a qual abordou em seus artigos 13, 28 e 38 condições mínimas asseguradas aos presos. Por intermédio de referida normatização, fica instituído que eles não deverão ser submetidos a condições degradantes, constrangedoras, vexatórias ou de falsa acusação. Fica estabelecido que qualquer agente público, servidor ou não que descumprir qualquer destas imposições, estará sujeitos às penalidades cabíveis.

5 NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO COMO SEGURANÇA JURÍDICA

Perante o exposto, constata-se que o inquérito é um procedimento a ser constantemente estudado e discutido para acompanhar às demandas inerentes a evolução da sociedade. Nesse contexto, Henrique Hoffmann, delegado de posicionamento diverso, tece críticas ácidas em suas análises quanto a todas as nomenclaturas utilizadas até então para definir o procedimento denominado de inquérito. Entre elas, o próprio chamamento por inquisitório, uma vez que exerce caráter apuratório ou até mesmo a impossibilidade de apuração dos fatos concedidos às fases um caráter de processo, evoluindo assim o conceito tradicional de procedimento. Entendimento muito à frente, mas importantes reflexões.

Contudo, o modelo atual foi um passo imensurável frente às atrocidades cometidas por delegados influenciados pela mídia que se propõe a fazer especulações resultantes em agitação e deixe à cargo da população, a penalização por fatos sequer comprovados. Em contrapartida a essa realidade, é fundamental elucidar a necessidade do inquérito policial e todas as garantias dele advindas. Destarte, Aury Celso Lopes Junior assevera em um de seus artigos “Um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista”.

Reiterando esse entendimento, a criação do pacote anticrime, sob a proposta de um juízo imparcial, deu passos largos quanto ao incentivo da separação de funções. Estimulou a atuação da polícia judiciária como principal detentora do poder investigativo, deixando a figura do magistrado exclusivamente a cargo das questões de fato e direito que levam à posterior decisão. Com a finalidade de tornar esse sistema cada vez mais justo, eficaz, célere e garantista. Esta é apenas uma das inúmeras medidas que devem ser buscadas a cada dia para evoluir o procedimento investigativo como um todo, mas representa considerável retorno ao apelo incessante das circunstâncias por seguridade penal, ramo essencial do Direito.

No tocante às limitações, conforme citado anteriormente, devem ser instruídas por pesquisas, debates e espaço garantido para inovações como a lei 13.245, observados os limites de intervenção no inquérito. A única proibição deve conter-se a coibir quaisquer hipóteses em grau ou natureza de retrocesso. O inquérito pode e deve ser analisado de outras formas, mas seu caráter inquisitório deve imprescindivelmente ser mantido, pois, uma sociedade na qual foi institucionalizado um procedimento garantista, jamais devem ser toleradas interferências inconstitucionais como as já praticadas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, é notório o quão importante se faz estabelecer limites ao inquérito policial com finalidade a conferir segurança não só ao investigado, mas aos funcionários públicos envolvidos, ao sistema policial em geral. O antigo modelo utilizado que permitia a uma só pessoa as capacidades investigativa e julgadora fomentava provimentos com base na parcialidade total, sem qualquer atenção aos direitos e garantias fundamentais/constitucionais.

A grande evolução em separar de forma definitiva as funções também não, pois, mesmo deixando a cargo exclusivo de um delegado a função investigadora, de nenhuma valia era dotada por esta prerrogativa se utilizar em benefício pessoal, forçando declarações e

forjando indícios. Tais atos resultam em uma movimentação desnecessária do Estado, gasto de tempo e dinheiro.

Por conseguinte, se o âmbito policial não realiza o devido inquérito, em observância a presunção de inocência, tratamento humanizado para os que aguardam em prisão cautelar e todas as demais garantias, muitas demandas que não deveriam tomar monumental tempo da polícia judiciária acabam por ocupá-la.

Em suma, insta ratificar que as limitações no geral surgiram para impor restrições a atividade policial e resguardar de atos violentos e anticonstitucionais os investigados. Contudo, muito mais que isso, para que esse procedimento reflita a cultura nacional, de justiça e de um país que preze substancialmente por humanidade e imparcialidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 set 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de Dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 02 set 2021.

BRASIL. Lei nº 13.245 de 12 de Janeiro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em: 02 set 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.824 de 22 de Novembro de 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em: 02 set 2021.

DASSAN, Moira Caroline. **O Inquérito Policial e suas peculiaridades.** Disponível em: <https://moiradassan1.jusbrasil.com.br/artigos/458963956/o-inquerito-policial-e-suas-peculiaridades>. Acesso em: 02 set 2021.

MELO, Bruno Ugalde. **As limitações do inquérito policial pela prerrogativa de foro do investigado em face da jurisprudência dos tribunais superiores.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50242/as-limitacoes-do-inquerito-policial-.pela-prerrogativa-de-foro-do-investigado-em-face-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores>. Acesso em: 02 set 2021.

QUEIROZ, Mariana Régis. **Limites ao contraditório no inquérito policial: uma análise do PLS 366/2015**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-170/limites-ao-contraditorio-no-inquerito-policial-uma-analise-do-pls-366-2015/>. Acesso em: 02 set 2021.

CORREIA, Danilo Morais. **O Inquérito Policial no Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75595/o-inquerito-policial-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 02 set 2021 .

LOPES, Aury. **A Crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bo1_2006/RDP_04_39.pdf. Acesso em: 02 Set 2021.

RATTON, Luiz José. TORRES, Valéria. BASTOS, Camila. **Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/J5FrgST8PFbMqhPqNsGjwsG/?lang=pt>. Acesso em: 02 Set 2021.

BRENER, Paula. **O inquérito policial e o indiciamento sob a perspectiva do modelo constitucional de processo penal**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/6080/608065705008/html/>. Acesso em: 02 Set 2021.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. **Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 02 Set 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.869 de 05 de Setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 set 2021.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 16ªed. Salvador: JusPODIVM, 6 de Setembro de 2021.

UNIDADE III

Apresentação do Grupo De Trabalho III (Processo e Estado Democrático de Direito)

A XIV Jornada de Estudos Jurídicos da Escola Jurídica da Faculdade de Pará de Minas foi realizada em Pará de Minas-MG, no período de 21 a 23 de setembro de 2021.

O Grupo de Trabalho denominado “Processo e Estado Democrático de Direito” desenvolveu suas atividades no dia 23 de setembro de 2021, na modalidade *online*, e contou com a apresentação de cinco trabalhos que, apesar de possuírem diferentes panoramas, tanto no aspecto do direito processual discutido, quanto nos fundamentos e referenciais teóricos apresentados, oportunizaram debates enriquecedores sobre seus conteúdos.

Estudar sobre Processo e Estado Democrático de Direito viabiliza a abordagem do ordenamento jurídico em variados aspectos, e o leitor perceberá, da pluralidade dos temas apresentados, a reafirmação de que o processo, além de ser lócus de discursividade e de dialeticidade, é, sobretudo, um mecanismo de efetivação de garantias e de direitos fundamentais, consectários de um Estado Democrático de Direito.

O leitor ainda verá que os temas abordados provocam reflexões sobre as diversas concepções do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. O primeiro trabalho apresentado, “O princípio da não-culpabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, realiza uma análise crítica sobre a real aplicação do referido princípio no Estado Brasileiro. Já o trabalho intitulado “Os reflexos sociais e jurídicos gerados pela mídia sensacionalista” buscou discutir quais são as consequências de uma midiatização sensacionalista que, em determinadas situações, provoca reflexos nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O terceiro trabalho, intitulado “Inconstitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, incluído pelo Pacote Anticrime”, analisa se o referido dispositivo legal, incluído pela Lei Anticrime, viola direitos fundamentais da pessoa investigada em um procedimento criminal.

Abordando a temática de Teoria Geral do Processo, o quarto trabalho, intitulado “Correlações sobre a instrumentalidade do sistema processual, a racionalidade instrumental e o pragmatismo”, de forma instigante, buscou verificar se a racionalidade instrumental poderia estar por trás do perfil instrumentalista, verificando, ainda, se há relação entre o

instrumentalismo, a racionalidade instrumental e o pragmatismo, como esteios de sua manutenção. O último trabalho, “O REsp 1.854.847 e a possibilidade de utilização das técnicas processuais estruturais” analisou se as técnicas processuais estruturais podem ser utilizadas como meio de implementação de direitos metaindividuais e fundamentais, conversando diretamente com a proposta temática do Grupo de Trabalho.

Com objetivos muito bem definidos, os trabalhos instigam o leitor e convidam a pensar o Direito a partir de ideais democráticos e constitucionalizados. Embora os escritos apresentados possuam abordagens diversificadas, é perceptível o compromisso dos pesquisadores com a proposta temática do Grupo de Trabalho, enfrentando temas-problemas de grande relevância teórica e prática, teorizando o Direito e construindo racionalmente o debate democrático.

Os coordenadores do GT – Processo e Estado Democrático de Direito agradecem aos autores dos trabalhos, discentes da Faculdade de Pará de Minas, pela imensa contribuição científica e por acatarem o desafio proposto de iniciar a vida enquanto pesquisadores, não limitando o aprendizado às paredes e carteiras da sala de aula, permitindo, assim, a concretização do presente Livro, de leitura simples, interessante, instigante e, não se olvide, muito útil para os integrantes da comunidade acadêmica, comunidade de Advogados e comunidade civil, que estejam interessados na temática proposta.

Fabrcio Veiga Costa
Júlia Alves Almeida Machado

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fábio de Souza Oliveira²⁰
Theo José de Campos Machado²¹
César Augusto Faria Freitas

RESUMO

Este presente artigo tem por finalidade analisar as garantias constitucionais, correlacionando o princípio constitucional da não culpabilidade e sua aplicabilidade no atual cenário processual penal brasileiro. Abordaremos os aspectos históricos do axioma e a forma a qual ele foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, analisaremos as prisões provisórias relacionando-as com o princípio aqui trabalhado. Nessa pesquisa também trazemos como objeto de estudo o pacote anti-crime e suas principais alterações processuais penais que têm ligação com a não culpabilidade. E por fim, expomos algumas das consequências da inobservância desse princípio para a Sociedade e o acusado inocente, relacionando com o aumento da população carcerária e o impacto negativo que a mídia pode ter na vida do investigado.

Palavras-chaves: Culpabilidade; Processo Penal; Prisão Provisória; Pacote Anti-crime.

1 INTRODUÇÃO

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, recomendação a qual o Brasil segue, ninguém deve ser considerado culpado até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, culpabilidade essa que no contexto constitucional brasileiro só será reconhecida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, é nítida a falha do sistema jurídico quando o assunto é a execução do princípio da não culpabilidade, observando todos os fatores correspondentes que colaboram para que isso ocorra, sendo eles: fatores midiáticos, econômicos, sociais, políticos e até mesmo jurídicos.

²⁰ Autor. Graduando em Direito. Atualmente no 6º período na Faculdade de Pará de Minas (FAPAM).
E-mail: fabinhosouzaoliveira@gmail.com Tel. 37 99663-4467.

²¹ Autor. Graduando em Direito. Atualmente no 6º período na Faculdade de Pará de Minas (FAPAM).
E-mail: theoreynolds73@gmail.com Tel. 37 99959-4407.

Ao discorrermos sobre o assunto, utilizaremos de princípios constitucionais, doutrinas, jurisprudências e artigos acadêmicos, visando a melhor compreensão e definição do resultado da pesquisa.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Primeiramente, é de suma importância abordar a origem desse princípio que se tornou um dos mais importantes do nosso ordenamento jurídico. Rodrigo Moraes Noal faz saber que:

De origens imemoriais, pode-se traçar a primeira menção do princípio da não-culpabilidade no direito romano, sob a regra do *in dubio pro reo*. Não obstante, tal princípio foi deixado para trás com o enfraquecimento do Império Romano, atingindo seu sopé nos idos da Baixa Idade Média, entre os séculos XIII e XV, no auge do sistema inquisitorial de natureza persecutória.²²

Adiante, insatisfeitos com tanta imposição feita pelo regime absolutista, o povo, em meados século XVIII, indagou as ações dos monarcas e resolveu lutar pelos seus direitos. Além disso, com a chegada do movimento iluminista, o processo penal ganhou forças, englobando matérias diversas como o princípio da presunção da não culpabilidade.

Esse princípio defende que incumbe ao acusador o ônus de demonstrar a culpabilidade, devendo o acusado ser absolvido na hipótese de dúvida e também impede qualquer antecipação de juízo condenatório, exigindo-se análise criteriosa acerca da necessidade da prisão cautelar, aplicável nos casos expressamente previstos em lei. O jurista italiano, Césare Beccaria, em seu livro “Dos delitos e das penas” defende que:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada.²³

Mais tarde, o princípio veio ganhando força processual e expandindo no mundo jurídico, sendo previsto na declaração dos Direitos do homem de 1789:

Art. 9º

²²<https://jus.com.br/artigos/76466/desenvolvimento-historico-do-principio-da-inocencia>

²³ BECARRIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, p. 37

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.²⁴

Em seguida, foi tratado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 e é mencionado em seu art. 11 dizendo:

Artigo 11

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.²⁵

A partir desses eventos, essa máxima processual foi se concretizando em todo o mundo, passando também pelo ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo garantias e direitos do acusado em seu devido processo e amenizando o poder de punir que o Estado tem sobre seus cidadãos.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Para o doutrinador Tourinho Filho esse axioma foi uma ilusão no Brasil até a Carta cidadã de 1988, tendo o país não acatado a recomendação do art. 11 da DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) de 1948 até 1988, data da promulgação da DUDH e da CF/88, respectivamente. Tourinho defende seu argumento com os seguintes dizeres:

O princípio da inocência, em toda sua grandeza, nunca foi respeitado entre nós. Observa-se que a Declaração data de 1948... pois bem: a nossa prisão preventiva compulsória verdadeira aberração jurídica vigorou até 1967... Mais: quando o réu preso era absolvido e isso até 1973, se a pena cominada ao crime fosse de reclusão igual ou superior a 8 anos, no seu grau máximo, ele continuava preso até o trânsito em julgado. No julgamento pelo tribunal do júri e isso até 1977, se o réu fosse absolvido e a absolvição não se desse por unanimidade, ele continuaria preso até o trânsito em julgado... Quando o cidadão era preso em flagrante por crime inafiançável e isso até 1973, ele continuava preso. A regra do parágrafo único do art.310 do CPP surgiu naquele ano... até 1977, quando o réu era condenado, por uma infração

²⁴ Declaração dos Direitos do homem de 1789.

²⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos.

afiançável, só podia apelar em liberdade se prestasse caução, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto...(art.321 do CPP).

E a prova mais eloqüente do que afirmamos repousa nesta circunstância: não tivemos, após aquela declaração, nenhuma reforma processual penal que pretendesse amoldar o nosso diploma processual penal àquele princípio. Tudo continuou como d'antes... As alterações vieram vinte anos depois... e, em face do tempo, não se pode atribuí-las ao compromisso que a nossa pátria assumiu na ONU, assinando aquela declaração.²⁶

De acordo com a Constituição Federal de 1988 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII). Esse inciso trouxe expressamente ao ordenamento brasileiro o primórdio base dessa pesquisa, ressaltamos que a nomenclatura “princípio da não culpabilidade” quando analisada juntamente com a de “princípio da presunção de inocência” se mostra mais adequada, tendo em vista, que a Constituição traz taxativamente em seu texto a figura da culpabilidade e não a da inocência. Partindo dessa linha de raciocínio, por uma questão de adequação conceitual, optamos utilizar nessa pesquisa o termo de princípio da não culpabilidade.

É importante ressaltar que esse princípio tão essencial para uma sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito foi introduzido na CF/88 no título constitucional que trata dos direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil e, devido a isso, o mesmo é considerado *clausula pétrea* (art. 60 §4º), com isso ele não pode ser abolido da constituição brasileira.

No entanto, o fato de ninguém poder ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, não impediu que o nosso ordenamento jurídico autorizasse, em determinadas hipóteses, as prisões provisórias, também conhecidas como prisões processuais.

3.1 PRISÕES PROVISÓRIAS

Ao tratar do termo prisão é de suma importância identificar suas matérias, sendo elas a prisão penal (decorre da sentença penal condenatória transitada em julgado) e a prisão processual (aquela que é decretada antes da sentença transitada em julgado, cumprindo os requisitos que a lei exige. Recebem o nome de prisão provisória ou cautelar).

Ao conhecer o princípio da presunção de não culpabilidade, enquanto mecanismo de proteção da liberdade do investigado sob o excesso do poder estatal verificará a possibilidade

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, v. I.

das prisões antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, abordando, principalmente se tal prisão é de fato inconstitucional. Em observância ao art. 312 do CPP (Código de processo penal) veremos a excepcionalidade da lei penal:

Art.312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.²⁷

Ademais, o STF (Supremo Tribunal Federal), entendia que a prisão cautelar, seguindo as exigências da lei, pode ser executada mesmo antes do trânsito em julgado dos recursos especiais e extraordinários. O HC 126.292/SP, cujo Ministro relator foi Teori Zavascki, teve a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, HC 126.292).²⁸

Conforme nova atualização do entendimento sobre o assunto o STF concluiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43,44 e 54, julgando-as procedentes. Ademais ficou proferida a seguinte ementa:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.²⁹

²⁷ Código de Processo Penal. Decreto – Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.

²⁸<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>

²⁹<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>

Assim foi decidida a norma processual penal que observa o esgotamento de todas as possibilidades de recursos. Os votos vencedores observaram o art. 283 do Código de Processo Penal, ao que diz:

Art. 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³⁰

O artigo acima está diretamente ligado ao princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal como uma garantia.

O ministro Gilmar Mendes, após rever as decisões do STF, em 2016, no HC 126.292/SP, percebeu que a execução antecipada sem demonstração dos requisitos legais para a prisão viola o princípio da não culpabilidade. Visto isso, mudou seu posicionamento e proferiu o voto pela constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Nas definições de Marcelo Novelino:

A presunção de inocência não obsta a decretação ou manutenção de prisão cautelar, desde que demonstrada sua necessidade concreta e presentes os requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria. Tendo em vista a excepcionalidade da medida, os fundamentos da prisão podem ser reavaliados a qualquer tempo.³¹

Obstante, o princípio da presunção de inocência não entra em colisão com a Constituição Federal quando é aplicada a prisão cautelar, desde que observe e cumpra os ritos previstos em lei excepcional, fazendo saber que tal atividade, de acordo com entendimento do STF, pode ser concretizada sem o esgotamento recursal especial e extraordinário.

4 O PACOTE ANTI-CRIME E SUAS ALTERAÇÕES QUE RELACIONAM COM A NÃO CULPABILIDADE

A Lei nº 13.964, também conhecida como Pacote Anti-crime, de autoria do ex-ministro da Justiça Sergio Moro, trouxe diversas alterações na legislação Penal e Processual Penal.

³⁰ Código de Processo Penal. Decreto – Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.

³¹ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional – 15ª. Edição. Rev. Ampl. e Atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 976 p.

Abordaremos aqui as principais alterações processuais penais desse pacote que se relacionam com o princípio da não culpabilidade.

Uma importante característica dessa lei é o fato dela reforçar qual o Sistema Processual nós seguimos, o Sistema Acusatório (art. 3º A do CPP). Este Sistema estrutura a relação processual; separando as funções de acusar, defender e julgar, aqui temos um processo mais democrático, pautado pelo zelo ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal, a imparcialidade do magistrado e obviamente à não culpabilidade.

Este pacote inseriu em nosso ordenamento jurídico a figura do Juiz das Garantias, esse juiz, de acordo com o art. 3º B do CPP, é responsável pelo controle da legalidade da Investigação Criminal, pela salvaguarda dos direitos individuais e o vasto rol taxativo de funções que o pacote traz em seu texto, inclusive os requerimentos e prorrogações de prisões provisórias ou medidas cautelares e os habeas corpus requeridos antes da denúncia. Não temos mais um mesmo juiz para a Investigação e o Processo, ambas as fases foram separadas, com isso o Juiz das Garantias cuida da fase investigativa e quando esta se finda, outro juiz assume a fase processual, visando assim um julgamento mais imparcial, pois da forma como ocorria antes o juiz poderia formar um pré julgamento na fase de investigação e afetando assim a imparcialidade na fase processual.

Houve uma alteração também nos decretos de prisão preventiva, o magistrado não pode mais decreta-las de ofício, o mesmo deve ser provocado pelo Ministério Público, querelante ou assistente, ou por representação da autoridade policial. O magistrado deve aplica-las em somente em último caso, tendo que justificar o porquê da não possibilidade de aplicação das outras medidas cautelares e tem também a obrigação de revisar essas prisões a cada 90 dias, de ofício. Ressaltamos que a respeito do decreto de prisão preventiva de ofício ainda existe uma discussão doutrinária acerca do assunto, mas a 2ª turma do STF já decidiu por unanimidade a favor do pacote.

E por fim, a alteração mais impactante em relação ao princípio da não culpabilidade, de acordo com a nova redação dada ao art. 492, alínea “e” do inc. I do Código de Processo penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

... e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de

prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.³²

Essa hipótese de execução provisória da pena no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos vai de encontro ao princípio aqui debatido e também ao atual entendimento do STF, o qual em novembro de 2019 mudou o entendimento a respeito do cumprimento de pena, entendendo que o cumprimento só pode ocorrer após o trânsito em julgado, com exceção das prisões provisórias (Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43,44 e 54), o que na época movimentou discussões calorosas a respeito do tema devido à ligação com o caso do ex Presidente Lula.

4.1 EFEITOS DA VIOLAÇÃO DESSE PRINCÍPIO PARA A SOCIEDADE E PARA O ACUSADO INOCENTE

O princípio da não culpabilidade deve ser tratado com máxima cautela, tendo em vista que o bem tutelado, a liberdade, é essencial para se viver dignamente. A inobservância desse princípio gera efeitos imensuráveis tanto para a Sociedade, quanto para o inocente. Como exemplo temos o caso do ex Presidente citado, onde após 580 dias preso o mesmo foi libertado com a decisão de inconstitucionalidade da prisão.

A não observância desse princípio nas prisões provisórias decretadas sem amparo legal contribui até mesmo para a super lotação do sistema penitenciário, pois nosso Sistema não abarca apenas os condenados o qual a sentença tenha trânsito em julgado, mas também os presos provisórios. Esse fato, além de colocar em risco a saúde e a segurança do preso provisório, acaba inserindo uma pessoa que não deveria estar lá em uma verdadeira escola do crime que são nossas penitenciárias.

A violação deste princípio pode trazer inúmeras consequências para o investigado se o mesmo for inocente. Dessa forma, apontamos o impacto que a mídia pode causar nesse meio, trazendo danos irreparáveis na vida do cidadão observando que a maioria da população, nas mais variadas vezes, desconhece os procedimentos processuais e conseqüentemente cria uma espécie de preconceito, marginalizando a pessoa investigada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³² Código de Processo Penal. Decreto – Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.

Por meio deste artigo demonstramos a trajetória histórica do princípio da não culpabilidade, sua relação com as prisões provisórias, os entendimentos dos tribunais superiores, as mudanças recentes sobre o pacote anti-crime e algumas das consequências da inaplicabilidade desse axioma em relação ao investigado.

Ao interpretarmos o princípio em *lato sensu*, podemos chegar ao ponto de ninguém ser preso visando o atual cenário judiciário brasileiro, cujo os recursos inflamam os tribunais superiores que por consequência atrasam o processo. Em outro campo, como verificado, as prisões cautelares não entram em conflito com a constituição, desde que cumpra os requisitos previstos em lei.

O pacote anti-crime foi uma enorme novidade para o Processo Penal Brasileiro, o mesmo assegura o princípio da não culpabilidade em todos os aspectos dele aqui abordados, com exceção da hipótese da execução provisória nos casos de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, em julgamentos do Tribunal do Júri, tendo em vista que ainda haveria a possibilidade de recurso e se há possibilidade de recurso, ainda existe a chance de absolvição. É muito importante salientar que aqui a inconstitucionalidade é gritante, pois não se trata nem de uma sentença de 2º grau, mas sim de uma condenação de 1º grau, pelo Tribunal do Júri, que determina seu recolhimento imediato ao cárcere afrontando diretamente o atual entendimento do STF e a Constituição Federal.

Findada a exposição, reforçamos que o princípio da não culpabilidade é imprescindível no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, considerando que o mesmo visa à segurança de todo cidadão contra os poderes penais do Estado. E por fim, acatamos o pensamento do escritor Voltaire que explana o seguinte:

“É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente.”

REFERÊNCIAS

NOAL, Rodrigo Moraes. Desenvolvimento histórico do princípio da inocência. **Jus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76466/desenvolvimento-historico-do-principio-da-inocencia>. Acesso em: 02 dez. 20.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 03 set. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, v. I.

BECARRIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret.

In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universida de Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva.

FERREIRA Filho, Manoel G. *et al.* **Liberdades Públicas**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

CRUZ, Rogerio Schietti. Rumo a um Processo Penal Democrático. v. 21, n. 3, t. 1, p. 36-54, set.-dez., 2019.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos proclamada em 10 de dezembro 1948.

FARIA, José Roberto Telo. Prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5276, 11 dez. 2017.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional – 15ª. Edição. Rev. Ampl. e Atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 976 p.

CÓDIGO de Processo Penal. Decreto – Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.

PACOTE Anti-Crime. Lei Nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019.

OLIVEIRA JUNIOR, Alexandre César Gilsogamo Gomes de. As prisões provisórias em conflito com o principio da presunção de inocência. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/prisoes-provisorias-em-conflito-com-o-principio-da-presuncao-de-inocencia.htm>. Acessado em 09 de Set. de 2021.

OS REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS GERADOS PELA MÍDIA SENSACIONALISTA

*Juliana Estefany Diniz³³
Sílvia dos Santos Macedo³⁴
César Augusto Faria Freitas³⁵*

RESUMO

Ao longo do tempo a mídia passou por um expressivo processo de desenvolvimento, assim como os meios de comunicação em geral. Tal evolução influencia diariamente a população, pois, uma vez que esta assume o papel de formadora de opiniões, reflexos sociais e jurídicos são gerados. Desta forma, é necessário que se discuta quais são as consequências de uma midiatização sensacionalista que, por vezes, provoca distúrbios no Judiciário. O objetivo deste estudo e discussão é abordar os aspectos que envolvem a pauta, entendendo-se, assim, seus efeitos, consequências e magnitude de influência em âmbito criminal. Para tal fez-se necessária uma pesquisa realizada por um processo de aquisição de conhecimento sobre a realidade e desenvolvimento de pensamento reflexivo, por meio da qual concluiu-se a necessidade de uma cobertura jornalística íntegra e factual que observe o princípio da presunção de inocência. Deste modo, para atingir os objetivos de estudo propostos neste estudo utilizou-se do método de pesquisa descritiva por meio de revisão bibliográfica das obras de Jorge Pedro Sousa, Joseph Straubhaar e Robert Larose, Ann Rule, André Luis Callegari e Maiquel Ângelo DezordiWermuth, Renato Brasileiro de Lima e outros.

Palavras - chave: Mídia; Sensacionalismo; Processo Penal; Presunção de Inocência.

1 INTRODUÇÃO

A comunicação exerceu e ainda exerce um papel fundamental na evolução humana, deste modo, é inevitável a influência massiva que a mídia desempenha sobre as condutas e percepções da sociedade. Enquanto autoridade formadora de opiniões, a mídia em sua função jornalística gera não apenas reflexos em âmbito social, mas, também em seara jurídica, essas

³³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. E-mail: julianaestefany1235@hotmail.com

³⁴ Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. E-mail: silvia.macedox@gmail.com

³⁵ Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Professor universitário das disciplinas de Direito Processual Penal, Leis Penais Especiais e Direito Penal do Curso de Direito da FAPAM - Faculdade de Pará de Minas. Especialista em Segurança Pública e Atividade Policial. Especialista em Direito Público - Direito Processual Coletivo. Lattes Id: <http://lattes.cnpq.br/7811044563595921>

consequências envolvem tanto a promoção da vingança privada quanto a curiosa glamorização de crimes e/ou criminosos

Tais efeitos provocados pela mídia produzem certo tipo de intervenção durante o trâmite de um processo judicial, sobretudo os de natureza criminal. Ainda, quando se trata especialmente de casos pautados em uma cobertura sensacionalista e tendenciosa, isto se estende não apenas às partes do processo, mas, também, ao Judiciário como um todo, uma vez que este também suporta a pressão da população que previamente impõe suas expectativas.

Considera-se assim que a hipótese é que se os casos fossem tratados de forma factual e imparcial, provavelmente muitas consequências seriam amenizadas.

2 OBJETIVOS

Objetiva-se abordar os aspectos que envolvem a relação entre a mídia e o processo penal, entendendo-se, assim, seus efeitos, consequências e magnitude de influência em âmbito criminal.

3 METODOLOGIA

Foi utilizado o método de pesquisa descritiva com a finalidade de analisar a influência da mídia no Processo, especialmente nos casos criminais. Através de um estudo composto por obras de Processo Penal, Constituição Federal, Criminologia e artigos científicos publicados.

Por meio da pesquisa, buscou-se informações a respeito do processo da mídia e do processo jurídico, comparando-os e evidenciando a influência sob o outro.

4 PRESSUPOSTOS DA MÍDIA

4.1 CONCEITO E ORIGEM

Atualmente o conceito de mídia é atrelado ao processo de comunicação de informações jornalísticas através de meios impressos ou eletrônicos, todavia, essa concepção decorre de uma longa evolução da língua, da escrita e dos meios de comunicação em geral.

De acordo com Jorge Pedro Sousa³⁶, a comunicação é indispensável para a sobrevivência dos seres humanos e para a formação e coesão de comunidades, sociedades e culturas. Deste modo, a comunicação se faz importante não apenas para cada indivíduo entender e ser entendido, mas, também, para trocar informações.

Um dos maiores referenciais quando se trata de acesso à informação é o jornal impresso, que apesar do declínio influenciado pela chegada da internet ainda é fonte de informação para cerca de 13% da população brasileira, esse meio de comunicação surgiu em países da Europa Ocidental como Inglaterra, França e Alemanha. A industrialização também exerceu um papel fundamental para a evolução e difusão do jornalismo, Joseph Straubhaar e Robert Larose³⁷ relatam que:

conforme a Revolução Industrial tomou velocidade, meios de massa com base industrial, tais como livros e jornais, apareceram e proliferaram. Conforme a demanda de massa por meios impressos crescia, os meios tendiam a se tornar mais baratos. A maioria dos países presenciou o crescimento de grandes jornais urbanos e um aumento da publicação de livros. Entretanto, tanto o analfabetismo quanto a falta de dinheiro continuaram a limitar a leitura. Muitas pessoas não podiam dispor do dinheiro para um jornal, nem liam tão bem para apreciá-lo. (...) assim, vemos que a classe social está geralmente conectada ao uso da mídia.

Os autores da citação supracitada expõem a conexão entre classe social e uso da mídia, uma vez que é necessário ter acesso a tal não apenas por meio da língua, mas também por condição financeira. É preciso reconhecer que esse é um quadro que sofreu significativa alteração desde o período referenciado, atualmente 4,66 bilhões de pessoas têm acesso à internet e, por consequência acesso à informação, entretanto, apesar da melhoria do acesso à educação em diversos países ainda existem em todo planeta mais 750 milhões de jovens e adultos que não sabem ler nem escrever.

Insta salientar que, em decorrência do crescente e expressivo número de usuários de internet, a mídia possui grande alcance nos dias de hoje, fazendo com que informações sejam disseminadas facilmente para todo o mundo em questão de minutos.

4.2 MÍDIA BRASILEIRA

³⁶ SOUSA, Jorge Pedro. **Elementos de teoria e de pesquisa da comunicação e da mídia**. 2ª ed. Porto: Letras Contemporâneas, 2006.

³⁷ STRAUBHAAR, Joseph; LAROSE, Robert. **Comunicação, mídia e tecnologia**. 1ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

O primeiro jornal do Brasil foi publicado em 10 de dezembro de 1808, A Gazeta do Rio de Janeiro abriu portas para vários outros e, conforme o desenvolvimento dos meios de comunicação avançou, assim como o acesso à informação, uma cobertura jornalística íntegra e factual que fosse de alcance para a maior parte da população não era aceita caso o país estivesse passando por uma ditadura. Em 1964 o cenário midiático passou por uma grande mudança, após a derrubada do governo de João Goulart e com o estabelecimento do regime militar, censores passaram a controlar o que era noticiado na imprensa, a censura se tornou explícita com a chegada do Ato Institucional nº 5, norma que marcou o período de repressão. Por meio deste dispositivo, os militares tiveram carta branca para perseguir todos os opositores do regime, ampliando a repressão e a tortura de indivíduos.

No dia 7 de junho de 1977, cerca de três mil jornalistas assinaram um manifesto exigindo o fim da censura e instauração de uma imprensa livre no Brasil. Foi um ato emblemático de extrema coragem, uma vez que o país, sob o comando de Ernesto Geisel, ainda andava bem lentamente para o fim da ditadura militar. Um ano e meio antes deste manifesto, em outubro de 1975, o diretor da TV Cultura, Vladimir Herzog, foi supostamente torturado e assassinado por agentes do governo, conforme relatado pela Revista Galileu³⁸; vale ressaltar que em 2020 o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra seis pessoas envolvidas no assassinato do jornalista e no laudo falso que atestou que ele teria cometido suicídio.

Em 1988 uma nova e democrática constituição foi promulgada, chamada de Constituição Cidadã, a Constituição de 1988 reservou a liberdade de informação jornalística no rol de direitos fundamentais, dedicando-lhe os incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo 5º para sua disciplina.

5 A MÍDIA COMO INSTRUMENTO NA FORMAÇÃO DE OPINIÕES

5.1 EFEITOS

Percebe-se que é através da mídia e meios de comunicação que a população pode se informar e, ao receber essas informações, cada indivíduo é capaz de formar sua opinião acerca

³⁸ LOURENÇO, Beatriz. **Quem foi Vladimir Herzog, jornalista torturado e morto pela ditadura militar.** Revista Galileu. 2020.

do que lhe foi exposto. Assim sendo, é através da mídia que a população pode desaprovar, concordar e se inserir em debates cotidianos e políticos.

Ainda, ao relatar um crime de maneira sensacionalista ou grosseira, a mídia faz com que a população se veja como participante na decisão de punir ou não os transgressores da lei. As palavras impetuosas por vezes usadas em manchetes promovem um efeito notório: a naturalização da vingança privada. Segundo Maria Helena Diniz³⁹, a vingança privada se caracteriza pela relação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes, estes episódios vêm marcados de ódio e raiva, sentimentos que são alimentados cada vez mais ao serem combinados a um cenário de violência. Então, crimes como furtos e roubos acabam sendo punidos severamente e a vingança nesse momento tem um caráter pessoal, pois a própria vítima e/ou familiares realizam a vingança contra o criminoso.

5.2 CONSEQUÊNCIAS

Um ocorrido emblemático relacionado ao tema que ilustra de maneira notória as consequências de manchetes e textos sensacionalistas e contestáveis é o caso da Escola Base, que se sucedeu em março de 1994. Neste acontecimento os proprietários de uma escola particular infantil localizada no bairro Aclimação no Município de São Paulo (o casal Icushiro Shimada e Maria Aparecida Shimada), a professora Paula Milhim Alvarenga e o seu esposo e motorista Maurício Monteiro de Alvarenga foram acusados por duas mães de abuso sexual de dois alunos, após um deles afirmar que foi abusado na instituição. Ainda que não houvesse provas a respeito, a imprensa fez uma cobertura jornalística extremamente sensacionalista e irresponsável, deste modo, logo o caso ganhou repercussão nacional e, em consequência da revolta popular, a escola foi obrigada a encerrar suas atividades.

A manchete acusatória e espetaculosa “Kombi era motel na escolinha do sexo”, estampou o extinto jornal Notícias Populares⁴⁰, e foi difundida em todo o país, assim como várias outras. Em vista disto, não apenas o estabelecimento em si fora arruinado, mas, também, a dignidade e reputação dos injustamente envolvidos. Em junho do mesmo ano o inquérito foi arquivado e foi constatado que os acusados não tinham qualquer envolvimento

³⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24ª edição. São Paulo. Saraiva. 2010.

⁴⁰ BUONO, Vinícius. **Caso Escola Base: A mentira que abalou o Brasil em 1994**. As Aventuras na História, UOL. 2020.

com o caso. No entanto, neste ponto as consequências já haviam se mostrado colossais e irreversíveis.

Todo o ocorrido torna claro os impactos do poder social exercido pela mídia, e o quanto a manipulação pode ser fácil e, princípios constitucionais como a da presunção de inocência podem ser suprimidos em decorrência de uma cobertura irresponsável.

5.3 A GLAMOURIZAÇÃO DO CRIMINOSO

Ao passo em que a mídia pode alimentar a fúria da população sem qualquer observância técnica ao dispor o suspeito já como culpado, ela também pode superestimar em demasia características pitorescas de determinadas figuras, isso provoca um efeito um tanto quanto inesperado: a glamourização do criminoso.

Durante os anos 70, Theodore Robert Bundy assassinou 36 mulheres nos Estados Unidos. Tendo recebido três sentenças de morte (a última em 1980) Ted Bundy, como é mais conhecido, teve sua execução adiada duas vezes e se encontrou com a OldSpark, a cadeira elétrica da Penitenciária Raiford, na Flórida, em 24 de janeiro de 1989, no entanto, mesmo seus homicídios sendo de conhecimento público, o homem recebia diversas cartas de amor de mulheres enquanto aguardava no corredor da morte. Desde o momento em que seu caso se tornou público até sua execução, a mídia tratou suas audiências e condenações como um espetáculo, portanto, Bundy ocupou o papel natural de estrela.

Descrito como um gênio brilhante, sedutor e extremamente manipulador, o homem rapidamente chamou a atenção de todo o mundo, e eventualmente o foco não era mais suas dezenas de vítimas, mas sim suas supostas habilidades desnecessariamente salientadas. No clássico *true crime* Ted Bundy - Um Estranho ao Meu Lado⁴¹, Ann Rule, que além de escritora da referida obra foi, também, amiga íntima de Bundy, afirma que o assassino nunca foi tão bonito, brilhante ou carismático como o folclore criminoso o pinta; ademais, Rule expõe que o Q.I de Bundy era de 124 no Wechsler-Bellevue padrão, o que corresponde o nível suficiente para se formar na faculdade e obter graduações adicionais. Todavia, ao acessar no YouTube sua entrevista concedida ainda no corredor da morte, é possível identificar inúmeros comentários glorificando o quão brilhante o serial killer supostamente era, essa imagem é alimentada pela indústria do entretenimento que produz cada vez mais conteúdo sobre Bundy.

⁴¹RULE, Ann. **Ted Bundy: Um Estranho ao Meu Lado**. Rio de Janeiro: DarkSide Books. 2019.

O mesmo fenômeno ocorrido acerca de Bundy já acontecia anos antes quando os leitores britânicos consumiam avidamente cada informação detalhada e aterrorizante sobre Jack, o Estripador. Ainda, assassinos a sangue-frio como Bonnie e Clyde mais tarde foram vistos como uma espécie de Robin Hoods de uma nova era. Existem casos em que pessoas são tão fascinadas por casos de homicídios brutais que durante investigações criminais estes indivíduos confessam crimes que não cometeram, veem isso como uma forma de tomar para si os holofotes e atributos desde já difundidos pela mídia; em outras palavras, estas pessoas aspiram ser vistas como Ted Bundy ou qualquer outro serial killer que foi popularizado.

É evidente a aura atrativa que crimes e criminosos exercem sobre muitos, e a mídia e a indústria de entretenimento sempre souberam disso. Desde modo, a glorificação e glamourização dessas figuras têm sido cada vez mais habituais, com isso, todo um processo técnico é visto como uma grande atração.

6 RELAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE MÍDIA E PODER JUDICIÁRIO

A mídia e o Poder Judiciário são necessários para a existência da democracia, cada qual com sua função. Contudo, sua relação é um tanto complexa.

Em sua função de gerar informação, a mídia influencia diversos planos na sociedade, todavia sua atividade nem sempre é desempenhada visando garantir o aprimoramento da consciência cívica, na prática sua função muitas vezes possui outros interesses (econômicos, entre outros) se valendo do elemento “sensacionalismo” para garantir maiores índices de vendagem. Os juristas André Luis Callegari e Maiquel Ângelo DezordiWermuth⁴² esclarecem que:

A influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características mais marcantes da globalização. Com efeito, na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam (2009, p. 04).

⁴²CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **“Deu no jornal”: Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir) racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal.** São Paulo: Revista Liberdade. 2009.

Com isso, cada vez mais a mídia se utiliza da sua influência com a sociedade para fomentar a sede por justiça e punição. Assim, o legislador é forçado a agir para dar conta das requisições e o Judiciário sofre com a invasão da mídia nos julgamentos.

A mediatização da justiça como fenômeno comporta diversos riscos, tais como as alterações de conduta por parte de agentes do processo, o desgaste profissional provocado pela sobre-exposição, e a criação de estereótipos negativos. Uma vez que, o conceito de separação e independência da justiça inclui sua capacidade de ser protegido e inerte a pressões e de preservar seu tempo e seus métodos.

Desta forma, a sociedade tem representações destoantes das instituições mídia e Poder Judiciário: enquanto os órgãos da mídia gozam de elevado grau de prestígio, o Poder Judiciário naufraga em meio ao descrédito e a desconfiança.

6.1 INFLUÊNCIA DO PROCESSO MIDIÁTICO NO PROCESSO PENAL

O principal transtorno entre esta relação se traduz na possibilidade concreta de os órgãos midiáticos exercerem algum tipo de intervenção durante o trâmite de um processo judicial, sobretudo os de natureza criminal. A mera probabilidade de influência da mídia sobre a consciência do cidadão, que são potenciais participantes de um eventual processo judicial, podendo compor o júri de um processo, ou testemunha etc., constitui uma parte inicial do problema. A outra parte de extrema magnitude refere-se à influência nas figuras centrais do processo, como o juiz, promotor, delegado, réu, advogados, defensores entre outros. Aqui, se expõe a complexidade do cenário.

A tarefa não é simples: os fatos que deveriam ser condensados e organizados sob uma investigação bem trabalhada, atualmente sofrem uma pressão social pela apuração imediata de culpados e motivações para determinados crimes. Os julgamentos sociais são totalmente distintos dos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário, visto que, na justiça, há um rito processual a ser respeitado, um prazo que serve para que o Ministério Público e a Defesa acompanhem a produção de provas, e resultando assim em um julgamento justo que pode considerar o réu como culpado ou inocente.

Todavia, desde o início do processo, no inquérito policial que é o meio pela qual a polícia judiciária apura infrações penais, avaliando a base para a ação penal ou às providências cautelares, distúrbios já ocorrem. Mesmo tendo como uma das principais características o sigilo, de acordo com o artigo 20 do Código de Processo Penal, visto a relevância que nada seja divulgado antes que se conclua a investigação policial acerca de um

crime, a confidencialidade do processo não é respeitada. A mídia já torna pública a conclusão do crime antes mesmo do fim da investigação penal, atrapalhando o desenvolvimento da apuração e, ainda, se vangloriando em obter dados sigilosos de investigações.

A sociedade, no entanto, não tem essa dimensão. O seu julgamento é sumário e invariavelmente sem responsabilidade com as palavras. Nesse sentido, caso haja um pré-julgamento social, onde o réu já é considerado culpado, e posteriormente com o resultado da real investigação ele seja provado inocente, certamente as consequências para o indivíduo serão enormes. Partindo disto, ao longo do processo judicial, sem dúvida nenhuma, é a defesa que deparará em todas as esferas desses dois processos distintos (penal judicial e o processo penal social) que acaba ocorrendo para o acusado, pois a polícia após revelar a investigação remete o inquérito policial para o Poder Judiciário e encerra sua atuação, a partir daí o Ministério Público impulsiona o processo penal.

Então, no decorrer do trâmite processual, a Defesa tem hoje o papel de defender o acusado não apenas nos autos do processo, mas também da mídia (processo penal midiático). É certo que muitas vezes o segundo julgamento pode ser mais devastador do que o processo tradicional, pois aqui por mais que o réu venha ser considerado inocente, não haverá perdão caso não seja revelado imediatamente à sociedade, essa situação gera um significativo debate acerca do “direito ao esquecimento”. Contudo, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2021, foi entendido que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil.

7 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) é um dos princípios primordiais do Direito brasileiro, em especial no Processo Penal. É previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, que enuncia: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deste modo, como a Constituição Federal é a lei suprema, todo o restante da legislação brasileira deverá valer do princípio. Este direito de não ser declarado culpado enquanto há incerteza sobre se o sujeito é culpado ou inocente foi reconhecido primordialmente no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela assembleia da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em 1948, que afirmou, em seu art. 11, que: “Toda pessoa acusada de 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”.

Destarte, o princípio objetiva garantir que o acusado só poderá ter sua liberdade tosada quando transitada em julgada a decisão que o condenou, caso não haja certeza da culpa do acusado não deverá o juiz incriminá-lo. Assim dita Renato Brasileiro⁴³: “Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.”

Deste modo, ao expor um indivíduo suspeito ou acusado pela prática de um crime, antes da decisão da sentença penal condenatória, a milhões de pessoas, a mídia viola o princípio da presunção de inocência. Uma vez que, se o processo pelo qual o noticiário da imprensa relata as investigações em torno de um cidadão que ainda irá ser submetido a julgamento for de forma irresponsável, as notícias já o condenarão, determinando a culpabilidade ou a inocência dele antes do julgamento formal. Partindo deste pressuposto, o interesse do público na condução do processo pode perfeitamente ser deferido por uma cobertura jornalística que não se consubstancie em *trialby media* (julgamento pela mídia), não influenciando negativamente o julgamento justo do réu.

Oportuno apontar que, conforme anteriormente citado, por vezes a população se vê no direito de participar na decisão de punir ou não os transgressores da lei, e como consequência disso o Judiciário também é criticado e atacado conforme o andamento do processo ou de algumas decisões proferidas que geram grande comoção social ou casos em que a própria notícia distorce o teor do julgado.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que a mídia em seu caráter jornalístico juntamente com sua liberdade de imprensa é de extrema importância na construção de uma sociedade democrática. E a o processo judiciário, em seu viés de julgar, também é imprescindível para tanto.

Como notado, os meios de comunicação detêm forte poder de persuasão, e são formadores de opiniões públicas. E não seria diferente no processo.

⁴³LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – Volume Único**. 10ªed. Salvador: JusPodivm. 2021.

Tratando-se de questões criminais, a influência midiática mostra-se mais incisiva, por vezes utilizando de matérias sensacionalistas, gerando-se assim graves danos aos direitos da personalidade da pessoa exposta como suspeita, em uma violação de um dos mais importantes princípios constitucionais: o Princípio da Presunção de Inocência. Por conseguinte, constata-se que a mídia é fundamental em todas as alçadas da nossa sociedade democrática. Todavia, no âmbito do processo penal, os veículos de informação devem ter cautela ao repassar informações à população, seguindo os limites éticos e legais estabelecidos, evitando causar prejuízos a vida em sociedade do investigado.

Por fim, é evidenciado que o liame entre a sistema midiático e o sistema penal é permeado por conflitos constitucionais. A solução desse enfrentamento deve ser à luz da técnica de ponderação. Apenas ao se observar cada caso concreto poderá o aplicador do Direito ser conduzido a uma solução mais aliada aos ideais de justiça e equidade.

REFERÊNCIAS

SOUSA, Jorge Pedro. **Elementos de teoria e de pesquisa da comunicação e da mídia**. 2ª ed. Porto: Letras Contemporâneas, 2006.

STRAUBHAAR, Joseph; LAROSE, Robert. **Comunicação, mídia e tecnologia**. 1ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

LOURENÇO, Beatriz. **Quem foi Vladimir Herzog, jornalista torturado e morto pela ditadura militar**. Revista Galileu. 2020. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Historia/noticia/2020/06/quem-foi-vladimir-herzog-jornalista-torturado-e-morto-pela-ditadura-militar.html>. Acesso em: 4 de setembro de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

BUONO, Vinícius. Caso Escola Base: **A mentira que abalou o Brasil em 1994**. As Aventuras na História, UOL. 2020.

RULE, Ann. **Ted Bundy: Um Estranho ao Meu Lado**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2019.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **“Deu no jornal”**: Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir) racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. São Paulo: Revista Liberdade, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – Volume Único**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INCLUÍDO PELO PACOTE ANTICRIME

Sara Marcelle Machado de Camargos Gomes

Francisco José Vilas Boas Neto

RESUMO

As garantias fundamentais advindas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como os princípios norteadores do Direito Processual Penal Brasileiro, asseguram ao indivíduo um julgamento imparcial e limitam o poder punitivo do Estado, certificando-o como Estado Democrático de Direito. Esse trabalho apresenta uma análise dos tópicos mais importantes, com o fito de demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 310, parágrafo 2º do Código de Processo Penal Brasileiro. Esta norma impede a concessão da liberdade provisória quando são cometidos determinados delitos, descritos no texto legal, ou está presente o instituto da reincidência. O dispositivo interfere, explicitamente, na função da jurisdição e ultrapassa os limites garantidos por direitos subjetivos do cidadão. Em que pese as diversas vezes fracassadas o legislador ter criado dispositivos com a mesma finalidade, as posições jurisprudenciais sempre se demonstraram contrárias à diminuição de possibilidades para concessão da medida provisória. Todavia isto não ocorreu com o artigo do Pacote Anticrime objeto deste estudo. A partir de ensinamentos doutrinários, jurisprudenciais, assim como de análise social aprofundada, a presente pesquisa se propõe a demonstrar a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional supramencionada.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime; Liberdade Provisória; Presunção de Inocência; Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê, expressamente, a garantia de liberdade do cidadão brasileiro no artigo 5º:

[...] XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

[...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...] LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

[...] LXVIII – conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

O objetivo da Carta Magna, ao prever tais direitos, é de garantir que os indivíduos de seu território sejam livres e de limitar as ações do Estado, o qual detém o poder para interferir, desde que previsto em lei.

Nesse sentido, é a doutrina de Fernandes (2011):

Assim, tais direitos visam à garantia de um espaço de liberdade por parte dos cidadãos a partir de uma limitação do poder estatal. Tais direitos são, portanto, direitos subjetivos tanto para se evitar a interferência indevida (função preventiva), quanto para eliminar agressões que esteja sofrendo no plano da autonomia privada (função corretiva).

Assim sendo, o Código de Processo Penal Brasileiro determina a aplicação de medidas cautelares para assegurar a legalidade. Dentre estas, verifica-se a Liberdade Provisória, medida cautelar de caráter pessoal por tratar sobre direitos fundamentais do ser humano.

Essa pesquisa procura demonstrar, seguindo o raciocínio exposto, a inconstitucionalidade do artigo 310, parágrafo 2º do Código de Processo Penal (CPP), incluído pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, cuja redação é a seguinte:

Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

A inconstitucionalidade, portanto, encontra-se em delimitar ao magistrado as condições da concessão da Liberdade Provisória de forma abstrata, sem análise do caso concreto.

Nesse diapasão, a jurisprudência é, majoritariamente, contrária à denegação de Liberdade Provisória de forma genérica, conforme o seguinte julgado:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento realizada em 10.5.2012, nos autos do HC 104.339/SP, **Rel. Ministro Gilmar Mendes, decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade da vedação abstrata à concessão de liberdade provisória** em crimes de tráfico de drogas, invalidando parcialmente a provisão da espécie contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006. (HC 105961, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 16-08-2012 PUBLIC 17-08-2012) [...] **Para a decretação da**

prisão preventiva, é indispensável que o magistrado apresente as suas razões para privar alguém de sua liberdade. Tais razões não se limitam a enumerar os requisitos legais (ex.: "Para garantia da ordem pública, decreto a prisão preventiva..."). Exige-se a explicitação fática dos fundamentos da prisão cautelar (ex.: Tendo em vista [fatos], para garantia da ordem pública, decreto a prisão preventiva...). 2 1. (TJ-PR - Habilitação: 9368498 PR 936849-8 (Acórdão), Relator: Jefferson Alberto Johnsson, Data de Julgamento: 23/08/2012, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 948 13/09/2012 (Grifo do autor))

Nessa investigação, fora utilizado o método dedutivo, a partir de estudos doutrinários, jurisprudenciais, bem como análise social com referenciais teóricos.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É necessária a compreensão de que todo ser humano tem sua individualidade, que deve ser respeitada, e, por isso, possui direitos garantidos por lei para que possa viver com a segurança de que o Estado, detentor do poder, não interfira, de forma abusiva, em sua cidadania.

Isto não significa que o cidadão não sofrerá intervenção do Estado ou que é livre para agir como bem entender sem respeitar os direitos garantidos de outros pares sociais. Apenas garante que, em caso de intervenção, referindo-se aqui ao poder punitivo do Estado, esta será feita de forma proporcional, justa e humana.

O poder constituinte legislou na Carta Magna no sentido de garantir que todos os indivíduos possuem direitos que sigam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Outros dispositivos pelo mundo consideram tal princípio de extrema importância, assim como o ordenamento jurídico brasileiro.

Importa citar o destaque do Princípio da Dignidade Humana em textos marcantes para evolução histórica mundial, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Pacto de São José da Costa Rica, Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre outros.

Na Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88), a dignidade da pessoa humana norteia os textos dos dispositivos, mas também se encontra expressa como fundamentos do diploma no artigo 1º, inciso III:

Art. 1º 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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Seguindo esta lógica, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve-se basear no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo a não promover normas que atinjam direitos fundamentais para o cidadão e que garantam o tratamento humanitário, visando a melhor proposta para tal indivíduo e não utilizando-o para contentar interesses alheios.

Assim é o ensinamento de Bernardo Gonçalves Fernandes sobre a dignidade da pessoa humana:

[...] esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.

Desta forma, torna-se inadmissível que o artigo 310, parágrafo 2º do CPP retire a possibilidade de concessão de Liberdade Provisória ao agente em casos preestabelecidos sem análise do caso concreto.

Este dispositivo objetifica o indivíduo, além de contrariar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ao não o tratar individualmente e excluir a possibilidade de análise do caso para, então, haver ou não autorização da medida cautelar aqui tratada.

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Sob a luz do princípio já exposto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”.

Desta forma, todo indivíduo acusado de ter cometido um delito é considerado inocente até que se forme a culpa ao final do processo. Existe em vigor no país, portanto, o Princípio da Presunção de Inocência.

Este princípio resguarda aos cidadãos o direito de promover sua defesa com defensor constituído, de permanecer em liberdade, além da necessidade de ser provada a sua culpa.

O tratamento do agente, investigado ou acusado, de forma predeterminada, sem fundamentação no fato ocorrido, infringe o Princípio da Presunção da Inocência, vez que considera que se o agente for “reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito”, como exposto no artigo 310, §2º do CPP, deverá ter sua liberdade cerceada por ter maior probabilidade de ser culpado.

Este também é o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] a exigência de o réu não poder apelar em liberdade quando reincidente ou portador de maus antecedentes (sem se recolher à prisão) ou de o réu não fazer jus à liberdade provisória, em face da exclusiva gravidade do crime, tudo constitui violência e desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, por implica antecipação da pena.

Conclui-se, assim, que a determinação de “denegar a liberdade provisória”, como exposto no artigo 310, §2º do CPP, em caso de ser o agente reincidente ou ter cometido os delitos citados é uma violação do Princípio da Presunção da Inocência.

3 FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

3.1 FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO

A divisão dos poderes do Estado, instituída pelo ordenamento jurídico e explicado por doutrinas, determina que a função principal do Poder Judiciário seja aplicar o direito nos casos concretos, julgando imparcialmente a demanda.

Do mesmo modo, determina que a função do Poder Legislativo seja criar leis, seguindo àquela, para manter a ordem no território.

Assim, cabe ao legislador declarar o direito de forma genérica e ao magistrado aplicar o direito ao caso analisado.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina desta forma:

A distinção entre “legislação” e “jurisdição” se apresenta com notório relevo: é o Legislativo que declara o direito em abstrato, o direito objetivo, o *jus cogens*, cumprindo ao Judiciário aplicá-lo aos casos concretos.

Inegável, logo, que o legislador transgrediu do seu papel principal ao editar o artigo 310, §2º do CPP suprimindo a função do magistrado de aplicar o direito, neste caso a Liberdade Provisória, no caso por ele analisado.

3.2 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

O magistrado, no exercício da sua função de aplicar o direito, deve fundamentar suas decisões. Neste caso, a decisão de concessão ou denegação da Liberdade Provisória deve ser bem fundamentada com elementos do fato analisado.

A fundamentação da decisão de prisão cautelar é obrigação expressa no texto da CF/88 em seu artigo 5º, inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”.

A imprescindibilidade da fundamentação é bem explicitada por Fernando da Costa Tourinho Filho:

A exigência de fundadas razões é necessariamente imprescindível, pois não existe cautelaridade sem esse requisito. Apenas uma observação: fundadas razões são razões convincentes, sérias.

Não há o que se falar em “fundamentação séria” para denegação da Liberdade Provisória se esta se basta apenas em um artigo, sem elemento fatídico algum.

O mesmo é a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça:

SÚMULA 691/STF. FALTA DE CABIMENTO DO WRIT. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. MANIFESTA ILEGALIDADE. LIMINAR CONFIRMADA. 1. **A prisão preventiva, quando cabível, requer decisão devidamente fundamentada, que demonstre correlação e proporcionalidade entre a cautelar imposta e os fatos em apreço.** A simples referência à quantidade de drogas apreendida, sem contudo, a demonstração de como esta reflete uma maior periculosidade do paciente não é suficiente para a imposição da prisão. 2. Da mesma forma, o fato de se afastar a condição de usuário, por si só, também não justifica a prisão. [...] (STJ - HC: 404630 SP 2017/0147301-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 08/08/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/08/2017)

O artigo 310, §2º do CPP demonstra, implicitamente, que o agente que se enquadrar no que é determinado por ele é de maior periculosidade, justificando a denegação da

Liberdade Provisória. Entretanto, trata-se de fundamentação extremamente rasa, principalmente por se referir a algo subjetivo do indivíduo, o que deve ser muito bem explicado e motivado.

Desta maneira, explicam Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Antonio Magalhães:

[...] se a lei se contenta com mero juízo de probabilidade relativamente ao *fumus boni juris*, o mesmo não pode ser afirmado quanto ao *periculum libertatis*, que deve obrigatoriamente resultar de avaliação mais aprofundada sobre as circunstâncias que indicam a necessidade da medida excepcional.

Dessarte, resta demonstrada a inconstitucionalidade do dispositivo objeto desta investigação por dispensar a fundamentação da decisão, requisito constitucional.

4 ANÁLISE SOCIAL

4.1 MATERIALISMO HISTÓRICO-DIALÉTICO

A priori, não basta analisar e estudar a História sem assentar os acontecimentos ao modo como a sociedade estudada se construiu e desenvolveu. Ou seja, é necessário adequar os fatos históricos ao contexto histórico da sociedade em que o fato ocorreu, como ocorre no materialismo histórico-dialético.

Partindo desta linha de raciocínio, é de suma importância pontuar que o cárcere, historicamente, é utilizado como meio de manutenção do sistema capitalista. O encarceramento é, principalmente, uma das estratégias para regulamento de crises no sistema econômico vigente.

Deste modo, ensina Foucault:

[...] em toda a Europa o internamento tem o mesmo sentido, pelo menos no início. É uma das respostas dadas pelo século XVII a uma crise econômica que afeta o mundo ocidental em seu conjunto: queda de salários, desemprego, escassez da moeda, etc. Esse conjunto de fatos deve-se provavelmente a uma crise da economia.

Nesse diapasão, Cezar Roberto Bitencourt acrescenta que:

Não se pode ignorar o forte condicionamento que a estrutura socioeconômica impõe às ideias reformistas – sobretudo razões econômicas

e de necessidade de dominação – que propiciaram o nascimento da pena privativa de liberdade.

Não coincidentemente o Pacote Anticrime surge no fim de 2019, momento em que o Brasil atravessa uma crise política-econômica-social, que somente fora agravada pela pandemia mundial de COVID-19.

4.2 REINCIDÊNCIA

Justamente pelas falhas do sistema penal e seu objetivo deturpado, como mostrado no item anterior, o Brasil registrou, em 2019, 42,5% de reincidência de indivíduos imputáveis que tinham processos registrados em 2015, segundo dados colhidos pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça.

O instituto da reincidência não deve ser considerado como condição para denegação de Liberdade Provisória, visto que, devido a precariedade e ineficácia dos cárceres, muitos dos agentes que cometem delitos, já cometeram outros delitos antes e já foram processados por eles.

Perfeitamente, destaca sobre o assunto Cezar Roberto Bitencourt:

[...] a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas apesar dessas condições altamente criminógenas das prisões clássicas, tem-se procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a culpa pela eventual reincidência, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou.

Dito isto, resta evidente que o artigo 310, §2º do CPP é mais uma tentativa clara de atribuir exclusivamente ao agente o regresso à vida criminosa, não obstante o Estado não cumprir o dever de ressocializar o indivíduo culpado por um delito. Além de atribuir a culpa exclusivamente ao agente, o legislador propõe, neste dispositivo, que ao reincidente não seja concedida a liberdade provisória, obrigando-o a regressar para os presídios ineficazes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, a vigência do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, instituído pelo Pacote Anticrime é inconstitucional, sendo contrária a princípios fundamentais, como a Dignidade da Pessoa Humana e Presunção de Inocência.

A jurisprudência majoritária é contrária à limitação da concessão de Liberdade Provisória por parte do legislador como já ocorreram em diversos outros casos anteriormente.

Do mesmo modo, os doutrinadores discordam da possibilidade de o Legislativo determinar circunstâncias em que não será permitido a medida cautelar em questão.

Por fim, o dispositivo objeto de estudo é resultado de um controle social, na tentativa de manter o sistema econômico, e de um sistema penal ineficaz.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1072 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 968 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 388 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 107 p.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1978. 551p.

CORRELAÇÕES SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL, A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E O PRAGMATISMO

*Clenderson R. Cruz⁴⁴
Geovanna Rodrigues S. Camargos⁴⁵*

RESUMO

O instrumentalismo é considerado a teoria do processo com maior adesão entre os processualistas, embora apresente algumas aporias insuperáveis após a instalação do Estado Democrático de Direito. A apresentação do processo como instrumento de uma jurisdição salvadora em detrimento do processo como local do discurso dos legitimados e como construtor do Estado Democrático de Direito apresenta-se como impropriedade pós-Constituição de 1988. Nesta esteira, pretende-se com o presente artigo verificar se há relação entre essa teoria com a racionalidade instrumental e com o pragmatismo, como esteios de sua manutenção.

Palavras-chaves: Instrumentalidade. Racionalidade Instrumental. Pragmatismo.

1 INTRODUÇÃO

A Escola Instrumentalista de Processo surge no Brasil a partir dos estudos da Escola Paulista de Direito, a partir do pensamento do jurista italiano Enrico Tullio Liebman. O referido jurista radicou-se no Brasil com a finalidade de fugir da intolerância da política fascista italiana, vindo assim a lecionar da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Enrico Tullio Liebman, a partir das influências de seu antigo professor Chiovenda, traz para o Brasil a teoria da relação jurídica, na qual a relação processual se desenvolvia a partir de relações jurídicas hierárquicas dentro do processo.

A partir de tal visão, os seguidores do referido autor, desenvolvem ao longo do século XX a Escola Instrumentalista de Processo, máxime em Candido Rangel Dinamarco (Instrumentalidade do processo – 1987) para quem o processo é um instrumento da jurisdição cuja finalidade é a efetivação de escopos metajurídicos.

⁴⁴ Doutor em Direito Processual. clendersoncruz@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7986631822670463>.

⁴⁵ Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. geovannacamargos@hotmail.com.

A referida escola processual desenvolveu tamanha hegemonia ao ponto de se afirmar absoluta, com a frase de que “*todos os processualistas de renome a seguem*”, frase tipicamente inculpada em poder, como se fosse possível o domínio da verdade.

No entanto, pretende-se analisar, se a racionalidade instrumental, na qual os esforços de manutenção do poder justificam os meios adotados para nele chegar, poderia estar por trás do perfil instrumentalista.

Noutra ponta, aparentemente, a referida escola processual, em suas bases, aproxima-se do pensamento pragmatista, haja vista a sua tendência de justificar os meios pelos fins, que geralmente escapam ao jurídico, para isso elegendo um soberano, que sem estreme de duvidas nessa realidade é o juiz.

Assim, o breve estudo que se propõe se desenvolverá basicamente sobre três frentes, a apresentação ligeira da escola instrumentalista de processo, uma breve exposição sobre a racionalidade instrumental e por fim, uma breve exposição do pragmatismo norte-americano. Por fim, através da crítica científica passar-se-á a análise se os fundamentos da instrumentalidade processual tem contato com a racionalidade instrumental e com o pragmatismo.

2 INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL

Por instrumentalismo processual entende-se o processo não possui fim em si mesmo; na verdade o processo tem como missão servir de instrumento da jurisdição para efetivar escopos metajurídicos como exigências sociais de pacificação de conflitos. (DINAMARCO, 2009, p.314-315)

Nesse âmbito, não se reconhece o processo como local de implementação do discurso jurídico aos sujeitos processuais. Na verdade, sob esta ótica, o processo é um instrumento usado pela jurisdição para implementação de seus fins metajurídicos. Embora possa se reconhecer sua autonomia, se reconhece que ele é subjugado ao direito material, o que leva a paradoxos impensáveis em tempos de constitucionalização das garantias do processo.

O caráter instrumental do processo abonaria sua relativização, que poderia ser justificada em *escopos metajurídicos*(DINAMARCO, 2009), ou seja, a demora na efetivação da tutela jurisdicional poderia justificar a mitigação da garantia do contraditório e da ampla defesa, máxime na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Lado outro, o processo nesta visão deve ser direcionado a efetiva pacificação de

conflitos. Significa dizer que o processo não se prestaria simplesmente como local de discussão dos legitimados, mas sim um meio pelo qual o Estado legitima sua atuação de dizer o direito, a todo custo e sem restrições.

Dessa forma, há uma clara relativização das garantias processuais conquistadas no movimento constitucionalista como meio de defesa e voz do povo em face de possíveis abusos do Estado. (BRÊTAS, 2012, p. 48-65).

Pois bem, o instrumentalismo não desperta inquietações em parte importante dos processualistas, já que embora vigorosamente revisitado e criticado por grandes autores (como exemplo, LEAL, 2002; LEAL, 2012; BRÊTAS, 2012; NUNES, 2012), persiste como inabalável na vanguarda do direito processual.

O discurso de efetividade e de pacificação social de fato soa com maiores adornos do que uma proposta de construção de uma democracia através da legitimação do povo e reconhecimento de sua inclusão no discurso, o que demanda um percurso longo de construção de uma consciência bem como de uma comunidade jurídica a partir das bases de conteúdos biunívocos: contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-igualdade (LEAL, 2002).

Contudo, o que se perquire é: esse discurso de salvaguarda e efetivação de direitos através de um Poder Judiciário que se encarrega de todas as funções estatais (ativismo judicial) apresenta soluções aos anseios da sociedade?

Esse é o contexto da instrumentalidade processual e que desperta interesse para compreensão de uma cogitação de base filosófica.

3 NOÇÕES DE RACIONALIDADE INSTRUMENTAL.

Para Abbagnano a razão é o “*referencial de orientação do homem em todos os campos em que seja possível a indagação ou a investigação. Nesse sentido, dizemos que a R. (razão) é uma "faculdade" própria do homem, que o distingue dos animais*”. (2007, p.824)

A racionalidade assim se inscreve como a possibilidade do homem de perceber o mundo e raciocinar sobre suas bases, limitando sua reação conforme lhe convenha. Através da razão é possível ao homem avaliar os fatos que o circundam como forma de se orientar e programar.

Ao longo da história das correntes filosóficas foram concebidas várias cogitações sobre teorias da racionalidade, como forma de a definir e traçar suas bases como forma de explicitação do raciocínio humano e de explicitar a motivação dos atos humanos.

É nesse contexto que se insere a cogitação de uma racionalidade instrumental, que

representou a descrença na razão kantiana, aquela razão pura e crítica na qual se definia o que poderia ou não saber e fazer. (GONTINJO, 2013)

A razão instrumental é uma forma de racionalidade na qual o ser usa de sua razão e ação de forma a atingir uma determinada finalidade proveitosa. Para essa cogitação filosófica o ser desenvolve sua ação com a finalidade última de atingir um determinado fim, cujo atomismo de sua razão reside na distinção entre bom e mau. Seria a racionalidade descrente do ser humano racional, mas sim ligados a paixões. Essas paixões motivariam que toda racionalidade fosse endereçada a satisfação pessoal. (GONTINJO, 2013)

A racionalidade instrumental busca com a máxima eficiência dos meios atingir uma finalidade última que representará proveito, cujo resultado nas mais diversas áreas das ciências.

Dessa forma as cogitações racionais teriam como destino último justificar os meios utilizados para alcançar determinado fim. O quadro a seguir elaborado por Ferreira, Souza, Teixeira e Wellen⁴⁶ com esteio em Mauricio Serva, resume a racionalidade instrumental:

Elemento	Definição
Cálculo	Projeção utilitária das consequências dos atos humanos.
Fins	Metas de natureza técnica, econômica ou política (aumentar o poder)
Maximização dos recursos	Busca da eficiência e eficácia máximas, sem questionar o caráter ético, no tratamento de recursos disponíveis, quer sejam humanos, materiais, financeiros, técnicos, energéticos, ou de tempo.
Êxitos, resultado	O alcance, em si mesmo, de padrões, níveis, estágios, situações que são considerados como vitoriosos face a processos competitivos numa sociedade capitalista.
Desempenho	Performance individual elevada na realização de atividades centradas na utilidade.
Utilidade	Dimensão econômica considerada na base das interações com um valor generalizado.
Rentabilidade	Medida de retorno econômico dos êxitos e dos resultados esperados
Estratégia pessoal	Influência planejada sobre outrem, a partir da antecipação das reações prováveis desse outrem e determinados estímulos e ações, visando atingir seus pontos fracos.

No presente caso, ainda mesmo que as cogitações do presente artigo estejam no campo

⁴⁶ Consultado em 03/07/2013 no sítio eletrônico: <http://www.rizoma.ufsc.br/pdfs/96-of3-st1.pdf>.

do conhecimento científico, na relação entre racionalidade instrumental e instrumentalidade processual vislumbra-se uma finalidade de aumento e controle de poder, através da sublimação de uma verdade aceita.

Esse desenvolvimento de pensamento redundaria em um duplo fortalecimento de poder: fortalecimento do poder Jurisdicional e fortalecimento da tese aceita para descrição do sistema processual.

4 PRAGMATISMO

O pragmatismo surge com Peirce, primeiro, como uma teoria da significação. Atribui-se a Peirce o título de pai do pragmatismo em razão de ter ele o desenvolvido e atribuído seu nome. Contudo, a teoria completa do pragmatismo encontra assento nas cogitações de Peirce, James e Dewey. (POGREBINCCHI, 2005, p.23)

Cabe ressaltar que Peirce preocupou-se inicialmente simplesmente em demonstrar a confiabilidade de sua teoria, sem, contudo, ter maiores pretensões no campo da aplicação. Coube, destarte, a James a partir de tais escritos traçar a teoria pragmática e lhe apresentar ao mundo. Assim como coube a Dewey a demonstração de sua aplicação. (POGREBINCCHI, 2005, p.23)

Após essa introdução, comporta dizer que o pragmatismo se funda em três características: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo.

O antifundacionalismo é das características aquela que aponta para que o pragmatismo só pode ser compreendido pragmaticamente. Trata-se de uma rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas e conceitos abstratos, princípios perpétuos e instancias ultimas. Nega-se por ele a possibilidade de que o pensamento seja estático, perpetuo e imutável. Rejeita, pois, a ideia de certeza e apresenta-se como forma de crítica incessante. (POGREBINCCHI, 2005, p.23).

Pode se perceber que o antifundaciononalismo apresenta uma relatividade dos conceitos que permite que os mesmos possam ao longo tempo ser mudados, contudo de forma concreta, lastreado na realidade. Retira-se o conhecimento da práxis.

Já o consequencialismo, que também é chamado instrumentalismo, por sua vez, traduz-se na insistência de observação do futuro e não do passado. A característica básica do consequencialismo a submissão ao teste futuro da proposição, que somente poderá ser conhecida pelos testes de suas consequências. Seria com base no resultado que se produz o conhecimento no pragmatismo. Se inscreve no consequencialismo a ideia de que só se

conhece o significado mediante a descrição do propósito. (POGREBINCCHI, 2005, p.38-39).

Seria o mesmo que dizer que uma teoria só possui validade e relevância se dela se pode conhecer as consequências, iniciando os estudos pelas consequências e não por suas bases. Concede valorização enorme ao resultado e irrelevância aos meios.

Já o contextualismo insistiu na necessidade de observar o contexto histórico no desenvolvimento das investigações filosóficas. Trata-se de levar em consideração, no momento do processo de conhecimento da verdade e da teoria da significação, a cultura, a religião, a sociedade, a política, a economia, a ciência e as relações dessas com as instituições que se relacionam. Essas relações se atribuem o nome de experiência, que é importante para se entender o contexto. Neste âmbito está ainda o conceito de investigação que tem relação experimental e se baseia nos fatos do cotidiano e no que pode ser produzido por eles. (POGREBINCCHI, 2005, p.49).

É com este quadro de ideias que o pragmatismo quer sobrepor a prática em relação a teoria, já que os enunciados devem ser entendidos após o abandono de ideia de certeza sobre ele, levando em consideração primordialmente sua consequência e analisando-o no contexto de seu tempo. Com essa ideia pode se conhecer o enunciado e dar seu significado, retirando-se deste a ideia de relatividade, de futuro e de senso comum.

5 ANÁLISE DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Após essa breve exposição das ideias fundamentais, buscar-se-á entender como se forma a instrumentalidade do sistema processual a partir de sua análise à luz da razão instrumental e do pragmatismo.

Pois bem, como se viu os instrumentalistas enxergam o processo como instrumento de uma jurisdição, ou seja, ele encontra dependência nesta, de forma que seus conteúdos nela encontram limites.

Decerto, pode se ver o traço do consequencialismo em tal proposição, já que a legitimação do sistema processual apenas existirá se acaso visualizar a consequência prática da jurisdição que se espera nesta teoria: os escopos metajurídicos. Dessa forma qualquer proposição sobre o processo que não vislumbre a finalidade última de pacificação social, não encontra legitimidade.

Lado outro, em razão desta mesma proposição pode se ver a relação com a racionalidade instrumental, haja vista que tendo em mente atingir o propalado fim que é a pacificação social, não importam os meios para que se atinjam, ou seja, pode se mitigar

garantias processuais em proveito do resultado que se busca.

Contudo, em ambas as situações, embora se tenha em mente o resultado, este, por si só, é retórico, haja vista que é impossível, a não ser pela via teórica das bases, realizar uma cogitação segura de um fim. Veja: o fim é a pacificação social, que de fato seria uma consequência relevante, contudo, não se pode garantir que esse fim será alcançado. Ao contrário disso, pelo que se vê, por décadas prestigiam o fim, sem se preocupar com o meio e o que se apresenta é uma situação de caos, com aumentos nos problemas sociais, majoração de demandas e desrespeito a direitos fundamentais a guisa de discursos que *a celeridade e a efetividade serão alcançadas por um processo simples, técnico*.

Por outro lado, pode se ver a razão instrumental de outra forma imperando em tal tese de sistema processual. Com a finalidade de manter a hegemonia no estudo do processo, vê-se que o instrumentalismo confere um poder magistral ao Poder Judiciário, e assim ganha projeção e simpatia. Chega a ser contradicioso os instrumentalistas afirmarem que o direito processual é ramo independente quando o submetem a jurisdição e até mesmo o direito material, já que a finalidade do processo é permitir a aplicação do direito material por uma jurisdição salvadora.

Mesmo inseridos no Estado Democrático de Direito, no qual o poder concentra-se no povo, e que elegeu o processo como meio de dota-los de condição de impor suas pretensões, ainda assim cogitam que cabe ao Magistrado identificar no processo quais provas são relevantes, quais argumentos são relevantes e atualmente, até quando o contraditório e a ampla defesa são relevantes.

Não se pode crer que uma corrente teórica com tantos expoentes não cogita que mesmo diante de anos de protagonismo judicial não houve uma mudança satisfatória na condição do Estado. Ao contrário disso, vê-se propagar bandeiras do ativismo, com o controle judicial das políticas públicas.

Certamente, chocar-se com o sistema pode atrapalhar a finalidade que pode ser a manutenção como doutrina dominante, razão pela qual é bem mais cômodo persistir em ideias que datam do século XIX.

No particular acima, o antifundacionismo também pode gerar uma guarida para o decisionismo. É que com a premissa de que a lei representa um ponto conceito abstrato e apriorístico, pode se entregar o interprete a criação da norma, interpretando-a a seu tempo, conforme lhe convenha.

Decerto, a grande maioria dos investidos e responsáveis pela função jurisdicional apresentam-se bem-intencionados e comprometidos com a finalidade propalada, contudo, não

se pode esquecer que na criação dos conceitos (jurisprudência) entram ali o subjetivismo, a íntima convicção e a *experiência* do magistrado, submetendo o povo aos seus critérios.

E são por estas razões que se defende a necessidade de se eleger o processo como local de permitir o discurso aos legitimados, para participar de toda sorte de provimentos, como forma de implementação e construção do Estado Democrático de Direito.

A visão de que na verdade a jurisdição é instrumento do processo, determina uma revisitação em toda a teoria do processo afastando dogmas, afastando poderes e realocando a função dos sujeitos processuais (o que vem sendo feito pela Escola Mineira de Processo), o que de certa forma será um impedimento à *manutenção do poder*.

CONCLUSÃO

Em breve conclusão, pode se perceber que a instrumentalidade processual se vale da razão instrumental como forma de manter sua hegemonia no campo da ciência processual (se é que sob esta configuração pode se considerar ciência). Lado outro, pode se perceber, sem muito rigor científico, que algumas bases pragmáticas podem explicitar o porquê da manutenção do discurso da instrumentalidade processual, que a rigor, justifica suas proposições nas consequências que anuncia delas.

Por fim, com o artigo pode se ver a necessidade de uma revisitação ostensiva a teoria do processo como instrumento com a finalidade dele afastar a forma de agir lastreada na razão instrumental, para que o processo assuma o seu papel na construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 1. ed. 7. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Luciano Alberto; SOUZA, Washington José de; TEIXEIRA, José Rubens Monteiro; WELLEN, Henrique André Ramos. *Entre a Racionalidade Instrumental e a Racionalidade Substantiva: Estudo Sobre o Dilema Central do Trabalho Cooperativo*. Disponível em <http://www.rizoma.ufsc.br/pdfs/96-of3-st1.pdf>. Consultado em 03/07/2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 1 ed. São Paulo: Landy, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. 4. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2010. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 04/07/2013.

POGREBINSCHI, Thamy Hermes. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: RelumeDumara, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

O RESP 1.854.847 E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS ESTRUTURAIIS

Clenderson R. Cruz⁴⁷

Geraldo Vitor⁴⁸

Rinaldo Brandão⁴⁹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar se as técnicas processuais estruturais podem ser utilizadas como meio de implementação de direitos metaindividuais e fundamentais. Para tanto, será analisado o REsp 1.854.847 no qual o STJ sugeriu como medida para solução da questão a utilização de técnicas processuais estruturais. A hipótese é de que as técnicas processuais estruturais, à luz do modelo constitucional de processo, poderão constituir-se em um método com participativo para solução de problemas de implementação de direitos metaindividuais.

Palavras-chaves: Técnicas processuais estruturais. Modelo constitucional de processual. Direitos metaindividuais.

1 INTRODUÇÃO

O Recurso Especial nº 1.854.847/CE estabeleceu um importante precedente acerca da viabilidade de utilização de técnicas processuais estruturais para auxiliar na resolução de determinados conflitos (em especial, os que versem sobre direitos metaindividuais). Sendo assim, ao estudar o julgado, serão apresentadas concepções contemporâneas sobre o tema, e como a decisão supramencionada evidenciou a necessidade de haver um cuidado especial do julgador nas demandas de natureza estrutural.

Com isso, buscar-se-á responder à seguinte indagação: a proposta de utilização das técnicas processuais estruturais pelo STJ repercute em uma maior efetividade dos direitos fundamentais dos menores acolhidos?

A princípio, a hipótese que se apresenta ao problema proposto é que a implementação de técnicas estruturais teria uma maior eficácia, na medida em que combate os problemas sistêmicos gerados, em muitos casos, pela ineficiência do Estado. Entretanto, a partir do

⁴⁷ Doutor em Direito Processual. clendersoncruz@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7986631822670463>.

⁴⁸ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. rinaldo.brandao@yahoo.com.br.

⁴⁹ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. juniorvitor.prevseg@gmail.com

desenvolvimento deste trabalho, outras questões virão à tona.

A técnica metodológica utilizada será a pesquisa bibliográfica, que será capaz de fornecer a orientação necessária para chegar à resolução mais adequada para o problema proposto. Nesse sentido, textos extraídos de livros e artigos, bem como vídeos elaborados por pesquisadores com qualificação na área de processos estruturais, serão as principais fontes de obtenção de dados.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO

O Recurso Especial objeto de análise neste estudo foi interposto em uma ação civil pública que versa sobre a (im)possibilidade de acolhimento institucional de menores acima do prazo estipulado em lei, e as decorrências lógicas do excesso em questão (tal como a indenização pelos danos morais sofridos). Assim, a fim de contextualizar o ocorrido em primeiro grau de jurisdição, destacamos que, após apresentação de contestação pelo município de Fortaleza, foi proferida, em caráter antecipado, decisão derradeira (a qual foi mantida pelo TJCE), no seguinte sentido:

(i) o acolhimento por prazo superior a 2 anos, conquanto ilegal, por vezes é indispensável para que se atinja o princípio do melhor interesse do menor, especialmente porque, em muitas hipóteses, o não acolhimento pelo período necessário poderá colocar o infante em situação de risco e vulnerabilidade; (ii) não haveria prova de que o MUNICÍPIO DE FORTALEZA teria agido de modo doloso, intencional ou negligente no acolhimento do menor por período superior ao máximo legal; (iii) o problema do acolhimento institucional por período superior a 2 anos é de natureza estrutural, eis que envolve, por exemplo, falta de recursos do Poder Público, desestruturações dos entes familiares, demasiado número de crianças para adoção e desinteresse da sociedade em adotar crianças de mais idade, não se podendo imputar ao MUNICÍPIO DE FORTALEZA a responsabilização civil por todos os problemas de índole social e estrutural subjacentes à questão controvertida. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.854.847 - CE (2019/0031914-6))

Dessa forma, o recurso de caráter extraordinário, manejado pelo Ministério Público do estado do Ceará, busca solucionar as questões levantadas no juízo de origem: seria o caso debatido passível de improcedência liminar? Se não, quais os empecilhos para o julgamento antecipado da lide?

Nessa lógica, o Tribunal Superior constrói um raciocínio baseado na inviabilidade do julgamento antecipado da lide quando não houver tese fixada em IRDR ou IAC, nos moldes do artigo 332, III, do CPC. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça destacou a necessidade da utilização de técnicas processuais estruturais, dado o perfil do litígio discutido, o que

sobreleva a necessidade de uma construção participativa da decisão. E são justamente os apontamentos pertinentes aos litígios estruturais que serão trabalhados a partir de então.

3 TÉCNICAS PROCESSUAIS ESTRUTURAIS

Historicamente, de forma breve, as *structuralinjunctions* foi pensada a partir do caso *Brown vs. Board of Education*, que impôs a transformação do sistema nacional do ensino americano em 1960. Por ocasião do julgamento, em superação do caso Plessy, que propalava a máxima “separados, mas iguais”, o caso Brown possibilitou que crianças negras pudessem frequentar escolas exclusivas para crianças brancas.

Não obstante a superação do precedente Plessy, a decisão da Suprema Corte chefiada pelo Justice Warren, foi incapaz de modificar as estruturas do ensino e mostrou-se ineficaz para promover a mudança pretendida. Foi necessário um novo julgamento, a partir de novas bases, chamado tradicionalmente de Brown II, quando então foi proposta uma modificação estrutural e progressiva. Em Brown II, por meio das *structuralinjunctions*, o Judiciário concorreu na gestão das estruturas burocráticas e assumiu certo nível de supervisão sobre políticas e práticas institucionais de diversas índoles, como diz Francesco Verbic.

Nessa linha, o processo estrutural pressupõe, segundo Owen Fiss, três tipos de injunções: preventiva, que pretende afastar problemas com esses direitos no futuro; reparadora, que pretende corrigir os efeitos negativos da inobservância do direito; estrutural, que tem por objetivo reorganizar institucionalmente a sociedade. A posição de FISS ganhou inúmeros adeptos no Brasil, que perceberam nas *structuralinjunctions* um novo modelo de processo, o que convencionaram a chamar de processo estrutural.

Com efeito, ousamos discordar da existência de um novo modelo processual, uma vez que aqueles que assim entendem as técnicas estruturais, não demarcam teoricamente a existência de um novo modelo de processo ou novos institutos processuais, mas meramente a reorganização dos institutos processuais já existentes por meio de inovações procedimentais que se desenvolvem em artifícios cuja finalidade é o tratamento de casos complexos e de difícil solução, dada a irradiação de seus efeitos. Ao que parece, decorre de uma ausência de delimitação do que seja técnica processual e o que seja processo.

Nesse contexto, a lição de Aroldo Plínio Gonçalves é de salutar importância para desfazer tal confusão:

O procedimento jurisdicional, como atividade disciplinada por uma estrutura

normativa voltada para a preparação do provimento, com a participação, em contraditório, de seus destinatários, é uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual, que, em sua função de formular conceitos, categorias e institutos concernentes a toda a atividade da jurisdição, deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de sua finalidade. (2012, p. 147)

Dessa forma, sob o aspecto da instrumentalidade técnica, desenvolvem-se as vias processuais estruturais como proposta de aperfeiçoamento do procedimento comum de forma a encampar a ressemantização de institutos processuais, a fim de adequá-los a realidade de litígios complexos, polimorfos, difusos e multipolares.

Por tal razão, entendemos que a relevante modificação a partir dessa proposta são os meios processuais estruturais, entendidas como medidas procedimentais dinamicamente desenvolvidas cuja finalidade é operar modificações estruturais a partir da litigância de interesse público, cuja complexidade do litígio escapa aos limites da tradicional modelo procedimental comum.

A percepção de que certos conflitos, por serem extremamente complexos, polimorfos, difusos, multipolares, não se compatibilizam com o processo comum tem sido o mote para a configuração de outros modelo processual, que, embora mais flexível, viabilize a consideração dos múltiplos interesses envolvidos, estimule o consenso e potencialize o contraditório, rumo a construção de soluções abrangentes e adequadas. (NUNES, Leonardo, 2019, p. 323)

Com efeito, as referidas ferramentas importam na apropriação de institutos processuais do processo civil comum e os formata de forma a ofertar ganhos qualitativos na solução de demandas complexas, como a que se apresenta no presente artigo, desenvolvidas sob o devido processo constitucional, que orienta a organização de modo a permitir uma modificação estrutural sem qualquer interferência ilegítima de uma função na outra, além de ser notadamente democrática.

Demarcadas por um modelo processual participativo e policêntrico, as medidas processuais estruturais facilitariam a construção democrática de uma decisão de natureza prospectiva, erigida a partir de uma reorganização social qualitativa por meio de uma justiça distributiva.

Devemos advertir que o debate sobre as técnicas processuais estruturais desafiaria uma pesquisa específica e de maior fôlego, de forma que verteremos nossa atenção a uma de suas facetas, que seria permitir uma maior abertura de participação aos interessados no debate

e reestruturação do sistema de acolhimento.

4 A IMPORTÂNCIA DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS ESTRUTURAIS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Os direitos metaindividuais, segundo a clássica doutrina, consubstanciam-se no gênero do qual são espécies os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. Tal classificação, no entanto, que tem por base os direitos ali debatidos, nas lições de Edilson Vitorelli (2015), seria insuficiente para precisar todas as questões atinentes aos litígios relacionados a tais direitos, eis que

existem na sociedade em um estado de indeterminação, não sendo possível precisar a quem pertencem ou qual o seu exato conteúdo. Entretanto, a violação interfere nesse estado e faz com que os direitos transindividuais possam ser definidos e sua titularidade delimitada, pelo menos em alguma medida, de acordo com cada conflito.

Desse modo, Vitorelli propõe uma nova classificação que leva em consideração o perfil dos litígios metaindividuais, que seriam subdivididos em litígios de difusão global, local e irradiada.

Nos litígios metaindividuais de difusão irradiada é que se amoldariam as demandas eminentemente estruturais, que guardam a especificidade em relação aos demais litígios irradiados, no fato de que sua origem se dá no modo como uma estrutura, pública ou privada, comporta-se, carecendo, pois, de um tratamento também específico, no que tange ao processo.

Sobre o tema, Sérgio Arenhart (2019) pontua que o processo estrutural, diversamente das demandas eminentemente privadas, possui uma natureza complexa, conceito esse, segundo o professor, retirado das ciências naturais. Para Arenhart, sistema complexo é aquele que, a partir de um determinado estímulo, não nos é dado saber que consequências advirão, fazendo-se necessário, a partir de então, proceder a avaliações empíricas dos efeitos das decisões, fiscalizando, acompanhando e, se necessário, revisando-as, quiçá, desfazendo a ação estimulante.

Tal complexidade é o que a doutrina nomeia de experimentalismo processual, técnica estruturante que no bojo dos litígios estruturais dá ao processo uma natureza flexível, maleável, porquanto os efeitos das decisões ali proferidas devem não apenas ser acompanhadas, mas também revistas se necessário for, eis que não se tratam de questões pontuais, que dizem respeito apenas a um caso concreto, ao contrário, os problemas

estruturais devem ser cuidados como tal, impondo aos operadores do direito maior atenção ao quadro fático, uma vez que a multiplicação de demandas individuais, que em seu cerne carecem de tratamento diverso do disposto no processo comum, ao revés de solucionarem o problema, no mais das vezes, aguçam-no.

Nesse sentido, Susana Henriques da Costa (2016, p. 55) destaca que a litigância processual individual “*a despeito de garantir o direito subjetivo do autor, [...] traz efeitos perversos ao macro conflito*”, pois as múltiplas decisões “*interferem no planejamento e execução da política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais*”, além de impossibilitarem a discussão e construção das soluções com a necessária, imprescindível participação de todos os afetados pelo problema.

Em seu voto, no julgamento do REsp. 1854.847, a ministra Nancy Andrighi esclarece que

para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos *amicicuriae* e pela Defensoria Pública na função de custos *vulnerabilis*, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido

Esse ambiente colaborativo e democrático a que se refere a ministra, que, frise-se, deveria se aplicar a todo e qualquer tipo de demanda, acentua-se nos processos estruturais, posto que o mérito da questão nem sempre é conflituoso, mas sua identificação, o planejamento das ações, as periódicas revisões e sua progressiva execução é que efetivamente traduzem questões a serem discutidas.

É de bom termo pontuar que, na maioria das vezes, aquele ou aqueles que figuram no polo passivo de uma demanda estrutural, não são, por si só, causadores primários da sistêmica violação de direitos que o processo estrutural busca fazer cessar, uma vez que os litígios dessa natureza são, em essência, multifatoriais e policêntricos.

Nesse diapasão, o manejo de técnicas processuais estruturantes torna-se fundamental na busca pela resolução do estado de desconformidade que deu ensejo à propositura da ação, posto não se tratar de uma tutela tão somente voltada a fatos pretéritos, feito se tratasse de um litígio indenizatório, por exemplo, mas de uma prospecção de reestruturação de um sistema

que recorrentemente viola direitos fundamentais. Cuidar isoladamente o caso posto ao Judiciário seria afastar um infringir de direitos, aparentemente, pontual, sem, todavia, atentar-se à causa efetiva daquele mal, que cíclica e inevitavelmente voltará às barbas do Judiciário reclamando atenção.

Assim, identificado um problema estrutural, não se pode, por comodismo, não aplicar as técnicas estruturais que são instrumentos hábeis a lidar com essa problemática, ou pior, como no caso da ação civil pública que culminou com o REsp. ora em pauta, julgar liminarmente improcedente o pedido.

Pertinentes as colocações de Nancy Andrighi ao determinar ao juiz de 1.º grau a adoção de

medidas de adaptação procedimental e exaurimento instrutório apropriadas à hipótese, mediante requerimento de participação, ao menos, das entidades locais do terceiro setor, dos *amicuriae* cuja atividade possua pertinência temática, da Defensoria Pública do Estado do Ceará, facultando-se, ainda, a apresentação de contribuições da União e do Estado do Ceará.

Todavia, para a implementação de técnicas estruturais é preciso que não nos olvidemos de algumas premissas. Em primeiro lugar, constatado o problema, há que se afastar a ideia de Autor e Réu, uma vez que o mérito ali debatido, de interesse público, é policêntrico e advém de reiteradas violações a direitos fundamentais, devendo, portanto, as partes ali envolvidas irem além do escopo das demandas meramente adversariais, buscando, em um ambiente dialógico, aclarar o problema, acreditá-lo e apontar, valendo-se de técnicas consensuais, com a abertura a um amplo contraditório que efetive a máxima participação dos titulares daqueles direitos violados, as metas a serem cumpridas para uma possível reestruturação.

Outrossim, imprescindível que nos afastemos da lógica procedimental comum, mormente em se tratando da execução do plano estrutural consensualmente convencionado, fugindo à noção de uma execução imposta para uma execução negociada, que possibilite o adimplemento progressivo das obrigações pactuadas no plano, sejam elas de fazer ou não fazer, mitigando, dessa forma, princípios caros ao processo civil comum, como o princípio da congruência, vez que os pedidos em um litígio estrutural, são, em regra, deduzidos de forma abstrata, assim como a mitigação da coisa julgada e seus efeitos subjetivos.

Somente assim, identificando o problema de índole estrutural e adequando o procedimento às especificidades que um litígio dessa natureza requer, é que efetivamente os direitos metaindividuais poderão ser, progressiva e efetivamente, tutelados.

5 CONCLUSÃO

O intuito do presente artigo foi, a partir do estudo do REsp. 1854.847, responder ao seguinte questionamento: a proposta de utilização das técnicas processuais estruturais pelo STJ repercutem em uma maior efetividade dos direitos fundamentais dos menores acolhidos?

Obviamente que, em razão da demanda originária ainda estar em curso, os resultados da determinação pelo STJ de adequação procedimental no caso em questão não podem ser analisados empiricamente. Todavia, conforme demonstrado ao longo deste estudo, a proposta de utilização de técnicas processuais estruturais poderá contribuir para a construção participativa para a solução do problema.

Convém destacar que um problema que poderia ser experimentado a partir de tal concepção seria a possível intervenção judicial em políticas públicas, o que poderia ser considerado uma afronta à separação das funções de Estado, além de um reforço ao solipsismo.

Mas, para tanto, a proposta do artigo é que as medidas sejam tomadas como técnicas processuais que devem ser utilizadas à luz do modelo constitucional de processo, levando em consideração o experimentalismo como mecanismo de solução de conflitos, o que potencializa a discursividade entre todos os atingidos pela solução implementada.

Portanto, acredita-se, por meio desta apertada síntese, que a partir dessa utilização poderia se atingir um ambiente democrático de construção de decisões que pudessem ampliar a implementação de direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

APMN. **Processos estruturais e justiça da infância e juventude**. YouTube, 2021.

Disponível em:

<https://www.youtube.com/results?search_query=sergio+arenhart+processo+estrutural+infancia+e+juventude>. Acesso em: 3 set. 2021

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340256>. Acesso em: 04 abr. 2020.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e certeza dos direitos fundamentais no processo constitucional democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DA COSTA. Susana Henriques. **Acesso à justiça: promessa ou realidade**. In Civil

Procedure Review, v.7. São Paulo, 2016.

FISS, Owen. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. Tradução Carlos Alberto Sales. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente [recurso eletrônico]**: especulações sobre os limites da transformação no direito. Organizadora e Tradutora Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um novo paradigma processual. **Revista da Faculdade do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, p. 79-98, jan./jun. 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1854.847 CE 2019/0031914-6. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 02/06/2020. JusBrasil 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859491135/recurso-especial-resp-1854847-ce-2019-0031914-6/inteiro-teor-859491145?ref=feed>. Acesso em: 3 set. 2021.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 7, jan./jun. 2018.

KÖCHE, José Carlos. Fundamentos de metodologia científica. Editora Vozes, 2016.

VITORELLI, Edilson. **Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.248.09.PDF. Acesso em: 6 set. 2021.

ISBN: 978-65-996386-1-9



9 786599 638619