

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

VOLUME 2 - EDIÇÃO 44

abr/jun. 2019 ISSN: 1981-3759

**DIREITOS HUMANOS E
ACESSO À JUSTIÇA**

**Caderno Virtual, Brasília, v. 2, n.
44, abr/jun. 2019**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP
Prof^a. Ariadne Moreira B. de Oliveira, IDP
Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof^o. José dos Santos Carvalho Filho, IDP
Prof^a. Fernanda Mendonça Figueiredo, IDP
Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP
Prof^o. Atalá Correia, IDP
Prof^o. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP
Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP
Prof^o. Fábio Lima Quintas, IDP
Prof^o. Marcelo Proença, IDP
Prof^a. Marilda Silveira, IDP
Prof^o. Ulisses Schwarz Viana, IDP
Prof^o. Felipe Cortês, IDP
Prof^o. Pedro Palotti, IDP
Prof^o. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP
Prof^o. Mário Augusto Carboni, IDP
Prof^o. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP
Prof^o. Daniel Falcão, IDP
Prof^o. Guilherme Pupe, IDP
Prof^o. Paulo Mendes, IDP
Prof^o. Rodrigo Mendonça, IDP
Prof^o. José Henrique Mouta, IDP
Prof^a. Olivia Freitas, IDP

Comitê Executivo

Renan Silveira Holtermann
Matheus Brito Fechine

Design

Júlia Pedrinha Soares

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

Janete Ricken Lopes de Barros, Ariadne Moreira Basílio de Oliveira, Eduarda Toscani Gindri

Artigos

A ADPF 130 E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Ana Beatriz Brusco

A LEI MARIA DA PENHA E A SUA (IN)EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA CIDADE SATÉLITE DE SAMAMBAIA/DF

Roberta Cordeiro de Melo Magalhães

O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM FACILITADOR DA PARTICIPAÇÃO E DO CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Ronald do Amaral Menezes

Trabalho de Conclusão de Curso - Graduação em Direito

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ABORTO NO ÂMBITO DO DIREITO COMPARADO: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUIÇÃO DOS PAÍSES QUE REGULAMENTARAM A AUTORIZAÇÃO DO ABORTO E OS SEUS EFEITOS

Beatriz Campos Melo

A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: HIPÓTESE DE PESSOAS TRANSEXUAIS

Gabriel Machado Moraes

A APLICAÇÃO DO *SURSIS* NOS CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E A REALIDADE PRÁTICA DO JUIZADO DO NÚCLEO BANDEIRANTE

Kelly Brito de Sousa

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A IMPORTÂNCIA DO MODELO INSTITUCIONAL INDEPENDENTE PARA A EFETIVIDADE DA LEI

Maria Ruth Borges Bezerra

A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO DE ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA

Natália Raugusto Diniz

REABILITAÇÃO PENAL E O DIREITO PENAL DE REGISTRO: A CERTIDÃO NEGATIVA CRIMINAL COMO EMPECILHO PARA A RECOLOCAÇÃO DO EGRESSO PENAL NO MERCADO DE TRABALHO

Stella Paiva Trindade

Trabalho de Conclusão de Curso – Pós-graduação Lato Sensu

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA: ANÁLISE DE VIABILIDADE

Débora Pereira Gonçalves

CONTRATAÇÃO DE CURSOS A LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 850/2012 – SESCOOP: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA

Demétrius Augustus Gonçalves

A REFORMA TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DO PACTO FEDERATIVO

George Alex Lima de Souza

PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE NO ICMS: INCLUSÃO DA ÁGUA MINERAL NA CESTA BÁSICA

Hully Helen Conceição Rosário Oliveira

A OPINIÃO PÚBLICA E O PROCESSO JUDICIAL EM TEMPOS DE *FAKE NEWS*

Iara Rabelo de Souza

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JURISDICIONAL:
POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM OMISSÕES
DO PODER EXECUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Eugenia Martins de Moura

JUSTIÇA GRATUITA E A REFORMA TRABALHISTA: RESTRIÇÕES À
GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Patrícia Rita Correia

O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
UMA BREVE ANÁLISE DA TAXATIVIDADE MITIGADA PELA URGÊNCIA

Ricardo Sameshima Taba

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Samara Rodrigues Sena

Pesquisa de Curso - Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

SOBRE A TRANSFERÊNCIA E A RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESOS
ESTRANGEIROS

Aderruan Tavares

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial da Escola de Direito e de Administração Pública, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos organizados em três sessões, segmentadas de acordo com nível acadêmico do corpo discente do instituto, tendo a edição geral a temática "Direitos Humanos e Acesso à Justiça".

A presente edição é visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade trimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica de professores e alunos do IDP.

O Caderno Virtual objetiva, ainda, ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

A edição busca trazer soluções para problemas da sociedade. Desta forma, é com grande satisfação que as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação Lato Sensu e Pós-Graduação Stricto Sensu em associação com o Centro de Pesquisa (CEPES) apresentam esta edição do Caderno Virtual, com pesquisas de cursos de mestrado e finalização de graduações e especializações, bem como com pesquisas desenvolvidas com apoio do programa ProIC.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros

Prof^a. Ariadne Moreira Basílio de Oliveira

Prof^a. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

A ADPF 130 E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

ADPF 130 AND THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ana Beatriz Brusco

Resumo: A internacionalização dos direitos humanos procurou evitar a repetição de regimes totalitários que resultaram nas Guerras Mundiais. O enfoque na dignidade da pessoa humana foi o caminho encontrado para evitar as barbáries vivenciadas. A liberdade de expressão ganhou destaque enquanto valor inerente aos regimes democráticos. Surgiram conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, decorrentes da internacionalização dos direitos fundamentais no pós-guerra. Nos casos analisados, a Corte Europeia firmou o entendimento de que é possível o limite à liberdade de expressão quando: (i) exista previsão na legislação doméstica; (ii) essa previsão legal não seja demasiadamente vaga; (iii) a restrição à liberdade de expressão vise fim legítimo; e (iv) a intervenção, no caso concreto, mostre-se necessária no contexto democrático. O STF enfrentou questão similar ao apreciar a ADPF nº 130. Naquela oportunidade, entendeu que a Lei de Imprensa padecia de inconstitucionalidade em todo o seu texto, bem como pontuou a suficiência da calibração constitucional à liberdade de expressão e do regime de responsabilização posterior. Da análise conjunta da ADPF nº 130 e das decisões da Corte Europeia, extrai-se a necessidade de estabelecer parâmetros seguros para o cerceamento da liberdade de expressão, pois a tolerância e o pluralismo de opiniões são os caminhos mais seguros para a consagração da democracia.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Censura. Democracia. Direito internacional. Corte Europeia. Lei de Imprensa. Pluralismo. Tolerância.

Abstract: The internationalization of human rights sought to avoid the repetition of totalitarian regimes that resulted in the World Wars. The focus on the human dignity was the way found to avoid the barbarities experienced. Freedom of speech gained prominence as an inherent value of democratic regimes. Conflicts between freedom of speech and the right to privacy have arisen at the European Court of Human Rights as a result of the post-war internationalization of fundamental rights. In the cases analyzed, the European Court established the understanding that it is possible to limit freedom of expression as long as: (i) there is provision in domestic legislation; (ii) this legal provision is not too vague; (iii) the restriction of freedom of speech has a legitimate aim; and (iv) the intervention is necessary in the democratic context. The Brazilian Supreme Court

faced a similar problem when judging ADPF 130. In that case, the Court understood that the Press Law was entirely unconstitutional as well as punctuated the sufficiency of the constitutional calibration to freedom of speech and the regime of later responsibility. The joint analysis of ADPF 130 and the decisions of the European Court allow the conclusion that there is a need to establish safe parameters for the limits of freedom of speech, since tolerance and pluralism of opinions are the safest ways to endorse democracy.

Keywords: Freedom of speech. Censorship. Democracy. International right. European court. Press Law. Pluralism. Tolerance.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se o processo de consolidação dos direitos humanos no plano internacional. Compreendeu-se, naquele momento, que as barbáries presenciadas pela humanidade tiveram como causa central a ofensa à dignidade da pessoa humana.

A preocupação latente era de se evitar a repetição das duas Grandes Guerras. Para tanto, aquela geração, que vivenciou ambos os conflitos, sintetizou e unificou a agenda dos direitos fundamentais no plano internacional na dignidade da pessoa humana.

Firmaram-se compromissos multilaterais de respeito à dignidade humana corporificados por diversos instrumentos de direito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1953, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, para citar alguns exemplos.

As Cartas Constitucionais europeias que se seguiram, inspiradas por esse movimento transnacional, também passaram a prever a dignidade humana como princípio basilar do ordenamento jurídico¹.

¹ A título de exemplo, podemos mencionar o art. 1º da Constituição portuguesa de 1976: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”; o art. 10 da Constituição espanhola de 1978: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*.”; o art. 3º da Carta italiana de 1948: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [292, 371, 481, 511, 1177], di razza, di lingua [6], di religione [8, 19], di opinioni politiche [22], di condizioni personali e sociali*.” e o art. 1º da Constituição alemã: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*.” (tradução livre: A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de toda autoridade estatal).

O Brasil não ficou alheio a esse processo. As Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 já previam a dignidade humana em seus textos enquanto aspecto do direito ao trabalho².

A Carta de 1988, contudo, consolidou o movimento mundial já estampado nos tratados internacionais firmados pelo País e alçou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Como resultado dessa agenda internacional e nacional de proteção dos direitos humanos, capitaneada pelo enfoque na dignidade humana, viu-se o fortalecimento dos regimes democráticos contra atentados autoritários.

Nesse contexto, a liberdade de expressão ganha destaque como um dos mais caros direitos fundamentais a emanar da dignidade humana. Isso se deve ao fato de que a formação da vontade democrática depende de os cidadãos estarem informados para terem condições de realizarem suas escolhas.

O acesso à informação jornalística e às críticas ao governo, a liberdade de manifestação, a capacidade de se informar e de participar do debate democrático formam plexo de direitos indissociáveis do regime democrático.

A ampla consolidação dos direitos fundamentais no plano nacional e internacional, por seu turno, possibilitou a fiscalização do respeito do direito à liberdade de expressão por agentes de direito internacional e o incremento de fontes desses direitos.

Assim, o diálogo do direito interno com as fontes internacionais no estudo dos direitos humanos não só é profícuo no estudo dos mais diferentes aspectos de cada direito fundamental, como também essencial para se compreender toda a sua amplitude, dada a diversidade de fontes.

Nesse contexto, busca-se estudar a liberdade de expressão, no seu aspecto de vedação à censura, no direito brasileiro à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

² O enfoque dado pelas constituições anteriores foi no direito à dignidade como aspecto do direito a um trabalho. A Constituição de 1946, ao disciplinar a ordem econômica e social, previa que: “*A todos é assegurado trabalho que possibilite a existência digna*” (art. 145 parágrafo único). A Carta de 1967/1969 trazia semelhante disposição também no título que tratava da ordem econômica e social: “*Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios [...] II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana*”.

O uso da jurisprudência europeia se deve ao fato de o Brasil ter internalizado tardiamente os instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à Europa, de modo que o diálogo com aquela Corte Internacional trará debates mais maduros.

A metodologia a ser utilizada será de partir do estudo feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH da Organização dos Estados Americanos – OEA³.

A CIDH fez um resumo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a liberdade de expressão e separou blocos de julgados conforme a área de interesse, um dos quais trata da vedação à censura.

Serão analisados os principais tratados internacionais que abrangem a liberdade de expressão no contexto do diálogo entre o sistema europeu e o interamericano.

Após, os julgados abordados pela Corte Europeia terão suas premissas fixadas para, por fim, fazer um cotejo entre as conclusões fixadas na ADPF 130, as normas nacionais e internacionais sobre o assunto e os postulados da jurisprudência da Corte Europeia.

O recorte do sistema nacional será com as premissas da ADPF 130, por se tratar de julgado que analisou detidamente a liberdade de expressão no ordenamento jurídico pós-Constituição de 1988 em apreciação *in abstracto*, o que implica em maior enfoque no tema e não no caso concreto.

1 DA VEDAÇÃO À CENSURA NO DIÁLOGO COM O SISTEMA EUROPEU

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem, com um de seus primeiros marcos, a criação da Liga das Nações após a Primeira Guerra Mundial. Sua Convenção continha previsões esparsas e genéricas sobre direitos humanos⁴, disciplinando, em essência, meios para a manutenção da paz⁵.

³ Estudo disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=263&IID=2>.

⁴ A esse respeito, o preâmbulo prevê a manutenção de relações internacionais fundadas na justiça e na hora.

⁵ Confira-se: “Art.8º. Os Membros da Sociedade reconhecem que a manutenção da paz exige a redução dos armamentos nacionais ao mínimo compatível com a segurança nacional e com a execução das obrigações internacionais impostas por uma ação comum.”; “Art.10. Os Membros da Sociedade

A consolidação mais aprofundada dos direitos humanos na seara internacional, por sua vez, ocorreu apenas após a Segunda Guerra Mundial. O trauma sofrido com todos os horrores desse segundo conflito ensejou “[...] *o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.*” (Piovesan, 2013, p. 192).

É criada a Organização das Nações Unidas em 1945 e se instaura uma nova ordem jurídica internacional com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, em 1948.

A dignidade humana é prevista como fundamento dos valores básicos e universais:

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...]

Como desdobramento da dignidade humana, a Declaração Universal disciplinou a liberdade de expressão:

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

A Declaração Universal, contudo, não possui força jurídica vinculante por não apresentar a forma de tratado. Com o fim de juridicizar a declaração, foram assinados dois tratados internacionais distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

comprometem-se a respeitar e manter contra toda agressão externa a integridade territorial e a independência política presente de todos os Membros da Sociedade. Em caso de agressão, ameaça ou perigo de agressão, o Conselho resolverá os meios de assegurar a execução desta obrigação” e “Art.11. Fica expressamente declarado que toda guerra ou ameaça de guerra, quer afete diretamente ou não um dos Membros da Sociedade, interessará à Sociedade inteira e esta deverá tomar as medidas apropriadas para salvaguardar eficazmente a paz das Nações. Em semelhante caso, o Secretário Geral convocará imediatamente o Conselho a pedido de qualquer Membro da Sociedade.”.

e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2013, pp. 239-240).

Esses dois tratados materializam, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta Internacional de Direitos Humanos, a qual representa o consenso acerca dos requisitos mínimos necessários para uma vida com dignidade.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos também dispõe acerca da dignidade humana e da liberdade de expressão dela decorrente:

PREÂMBULO

Os Estados Partes do presente Pacto,
Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, [...]

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Muito embora o Pacto dos Direitos Civis e Políticos tenha sido adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966, somente veio a ser incorporado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, por sua vez, foi adotada pelo Conselho da Europa em 04/11/1950 e entrou em vigor em 1953. Acerca da liberdade de expressão, disciplinou:

ARTIGO 10º

Liberdade de expressão

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

No sistema interamericano, o principal marco internacional de direitos humanos é o Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelos países integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA e subscrito durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos de 22/11/1969.

A exemplo do que se verificou com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a incorporação desse tratado ocorreu tardiamente, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

A respeito da liberdade de pensamento e de expressão, o tratado da OEA possui disciplina mais minuciosa em relação aos diplomas anteriores, com regulamentação do direito de resposta ou de retificação, proteção contra meios indiretos de censura, vedação à propaganda de guerra e proteção da expressão artística. Confira-se:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

São dignas de nota as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH sobre a liberdade de expressão. Na Opinião nº 05/85 – caso Schmidt vs. Costa Rica (1984)⁶, apreciou-se a exigência de associação obrigatória de jornalista e a Opinião Consulta nº 07/86⁷, na qual se tratou do direito de resposta.

Por fim, merece destaque a Declaração de Chapultepec⁸, a qual foi redigida por 100 especialistas, a pedido da Sociedade Interamericana de Imprensa – SIP e ataca a censura prévia e a violência contra jornalistas.

O documento foi assinado pelos Presidentes da República em 1996 e em 2006. Para fins desse estudo, merecem destaque os seguintes trechos:

Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua

⁶ Disponível em: <<https://nidh.com.br/schmidt/>>.

⁷ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_por.doc>.

⁸ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-de-chapultepec-1994.html>>.

liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação. Porque temos consciência dessa realidade e a sentimos com profunda convicção, firmemente comprometidos com a liberdade, subscrevemos esta declaração com os seguintes princípios:

I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II – Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.

[...]

V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam.

Todos esses diplomas do direito internacional possuem como ponto central a dignidade humana como fundamento irradiante e a liberdade de expressão como seu corolário.

A partir dessa perspectiva, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisou notícias de violações da liberdade de expressão e estabeleceu premissas para se apreciar se a limitação verificada no caso concreto consistiu em violação de direitos humanos ou em sopesamento em relação a outro direito fundamental.

2 DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A CIDH da OEA elaborou a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão⁹, com o propósito de estimular os estudos jurisprudenciais comparativos e para apoiar o trabalho do Sistema de Direitos Humanos para a Liberdade de Expressão.

⁹ O estudo na íntegra pode ser acessado em: <
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=263&lID=2>>.

A utilização dos julgados selecionados por esse estudo propicia o recorte necessário para a análise que ora se busca realizar, com enfoque na vedação de censura, e, ainda, traz a seleção feita sob a lente do sistema interamericano.

A jurisprudência europeia demonstra grande rigor em face da censura prévia e apresenta valioso indicador de nível regional ante o considerável número de casos já apreciados.

No estudo, foram selecionados quatro casos sobre a censura direta: *Handyside vs. United Kingdom*, de 7 de dezembro de 1976; *The Sunday Times vs. United Kingdom*, de 26 de abril de 1979; *Saliyev vs. Rússia*, de 21 de outubro de 2010 e *Éditions Plon vs. France*, de 18 de maio de 2004.

2.1 CASO HANDYSIDE VS. UNITED KINGDOM, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1976¹⁰

O Sr. Richard Handyside, proprietário da editora “Stage 1” adquiriu os direitos britânicos de publicação do livro “The Schoolbook” em setembro de 1970. O livro era voltado a adolescentes de 12 a 18 anos e continha diversas passagens sobre sexo, drogas e outros assuntos polêmicos.

O editor já havia preparado a publicação e consultado pessoas acerca do valor do livro. Em março de 1971, jornais publicaram trechos do livro antes de seu lançamento.

Após várias reclamações sobre o conteúdo, foi expedido mandado para apreender os exemplares por ofensa à seção 3 do *Obscene Publications Acts 1959/1964*, sem a oitiva ou a participação do editor-chefe.

Aconselhado por seus Advogados, o aplicante continuou a publicar novos exemplares e a distribuí-los. Seguiram-se sucessivas buscas e apreensões e com o esgotamento da jurisdição interna, o caso chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos.

A Comissão admitiu e analisou o caso por suposta violação ao art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Entendeu-se que a apreensão e destruição do material consistiu em interferência da autoridade pública na liberdade de expressão.

¹⁰ Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57499%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57499%22]}>)

A Corte ainda salientou que as restrições reclamadas precisam estar previstas em lei e, no caso, havia lei que embasava a interferência realizada. Os objetivos visados pelos *Obscene Publications Acts 1959/1964*, de proteção da moral, foram tidos como compatíveis com o art. 10 da Convenção.

Foi pontuado que a Corte atua apenas de maneira subsidiária, com o fim de verificar se a interpretação conferida internamente foi razoável. Além da previsão em lei e do objetivo legítimo na restrição à liberdade, apurou-se estar caracterizada a necessidade das medidas restritivas internas sofridas pelo reclamante.

2.2 CASO THE SUNDAY TIMES VS. UNITED KINGDOM, DE 26 DE ABRIL DE 1979¹¹

O caso versa sobre matéria jornalística que abordou os problemas decorrentes do uso de talidomida durante a gravidez. O medicamento era manufaturado e comercializado pela *Destillers Company* como sedativo prescrito para grávidas.

Vários diagnósticos de crianças portadoras de deformidades decorrentes do uso da talidomida apareceram e o medicamento foi retirado de circulação pelo laboratório.

As famílias começaram a ingressar em juízo para buscar reparação civil e teve início um grande processo de acordo e de criação de fundo assistencial.

O jornal *Sunday Times* publicou várias matérias sobre as crianças com deformidades entre 1967 e 1968, nas quais criticou os acordos realizados no período. Em setembro de 1972, o artigo *Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame* foi publicado e examinou as propostas de acordo em andamento.

O *Attorney-General* obteve provimento para restringir a publicação, sob o argumento de que constituía atentado à Corte e de que atrapalharia as negociações em andamento.

Novamente, a Comissão analisou as medidas adotadas em face do art. 10 da Convenção. Entendeu-se que houve a violação pela vedação à publicação e ante a redação excessivamente vaga da legislação que permitiria a intervenção estatal no caso.

¹¹ Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57584%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57584%22]}>)

Apesar de se constatar que havia a previsão em lei e do fim legítimo de viabilizar a continuidade das negociações em andamento, a Corte concluiu que a intervenção não era necessária.

A desnecessidade da vedação à publicação foi averiguada com a continuidade do interesse público na apuração dos fatos e por ter o caso tomado grandes proporções, com o interesse público direto na ampla divulgação e no exercício da liberdade de informação.

2.3 CASO SALIYEV VS. RUSSIA, DE 21 DE OUTUBRO DE 2010¹²

O reclamante era presidente de uma organização não-governamental conhecida como *Investory Kolymu* e escreveu um artigo intitulado *Shares for the Moor of Moscow*, que versava sobre a aquisição de ações de uma companhia energética por um grupo de firmas, sob a influência de oficial de alto escalão de Moscou.

Nesse caso, a Corte Europeia adotou como parâmetros para analisar se era possível o recolhimento e a destruição de exemplares de jornais a existência de lei autorizadora, a legitimidade do objetivo e a proporcionalidade.

O objetivo, em questão, era a proteção da reputação e dos direitos de outrem, o qual foi tido como legítimo pela Corte. O jornal em questão era de propriedade pública e usado como um fórum para informar a população.

Entendeu-se que a determinação do editor-chefe de destruir a matéria que criticava como a aquisição de ações era organizada e o papel de certos oficiais políticos desenvolviam ofendeu o art. 10 da Convenção.

2.4 ÉDITIONS PLON VS. FRANCE, DE 18 DE MAIO DE 2004¹³

¹² Disponível em:

<<http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/jurisprudence/european/ECHR%20Saliyev%20v%20Russia.doc>>

¹³ Disponível em:

<<http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/jurisprudence/european/CASE%20OF%20C3%89DITIO NS%20PLON%20v.%20FRANCE.doc>>

Em novembro de 1995, a reclamante adquiriu os direitos de publicação do livro *Le Grand Secret*, escrito por Mr Gonod, um jornalista, e Dr Gubler, antigo médico privado do Presidente Mitterand.

O livro descrevia a luta do Presidente contra um câncer de próstata e as dificuldades encontradas pelo médico para esconder a doença. Com o falecimento de Mitterand, a publicação foi adiada.

Diversos meios de comunicação começaram a especular sobre os tratamentos ministrados e matérias jornalísticas foram publicadas, acusando a equipe médica responsável de se valer de métodos medicinais alternativos.

Com a finalidade de proteger sua honra, o Dr Gubler publicou o livro. A viúva e os filhos do Presidente iniciaram processo contra o médico por violação do sigilo profissional. Houve condenação cível e criminal.

A apreciação, tal como nos demais casos, deu-se à luz do art. 10 da Convenção. A Corte verificou que houve interdição judicial de continuar a publicar e a distribuir o livro.

Concluiu-se que a intervenção era prevista na legislação doméstica e que o objetivo de proteção da intimidade e da vida privada era legítimo. A necessidade da intervenção em uma sociedade democrática foi verificada.

3 ANÁLISE DA ADPF Nº 130 À LUZ DO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E COM DIÁLOGO COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA

3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ADPF Nº 130

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 foi manejada contra dispositivos da Lei nº 5.250/1967 – Lei de Imprensa. O legitimado visava à declaração da total invalidade jurídica desse diploma legal por incompatibilidade com tempos democráticos¹⁴.

O Supremo entendeu que o regime constitucional da liberdade de imprensa funciona como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e

¹⁴ Os dispositivos constitucionais analisados pelo Ministros como paradigma foram o art. 220 e o art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional.

A liberdade de expressão tutela toda opinião, convicção, comentário avaliação ou julgamento sobre assuntos ou pessoas. Sua vocação originária é de pretensão contra a censura estatal, pois não cabe ao Estado determinar o que é digno de ser manifestado ou não, mas sim aos destinatários da informação (BRANCO; COELHO E MENDES, 2010, pp. 451-452).

Assim, a liberdade de expressão deve ser compreendida como direito fundamental do ser humano, pois: “[...] quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.”, como pontuado pela Ministra Carmen Lucia.

O direito à informação possui duas feições, de natureza positiva (direito de expressar sua opinião) e negativa (não ser molestado pelas suas opiniões). O Ministro Celso de Mello minudenciou o conteúdo da liberdade de expressão:

Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.

A disciplina da Comunicação Social na Constituição em capítulo à parte, segundo o STF, visou alçar a liberdade de imprensa como segmento prolongador dos superiores bens da personalidade.

O Ministro Ayres Britto, inclusive consignou em seu voto haver certa superioridade da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais, por funcionar como espécie de sobredireito.

Seu posicionamento encontra ecos na doutrina:

Enquanto na teoria os direitos do homem são indivisíveis, na prática não se pode escamotear a questão de sua hierarquia, especialmente no que toca à aplicação dos diferentes direitos econômicos e sociais considerada a multiplicidade das necessidades e a penúria dos meios. A partir dessa constatação, é grande a tentação de proceder a arbitragens abusivas. A eficiência socioeconômica não poderia em hipótese alguma

ser invocada para justificar a deriva autoritária. A trágica experiência de nosso século nos ensinou que os direitos de primeira geração constituem valor absoluto. Quanto às arbitragens delicadas relativas aos direitos de segunda geração, elas dependem do funcionamento eficiente do Estado democrático. (SACHS, p. 161).

Essa compreensão resulta do fato de que a consolidação dos Estados de Direito foi acompanhada do fortalecimento das liberdades negativas e da ampliação das liberdades positivas. A primeira geração de direitos políticos, civis e cívicos baliza o poder de ação do Estado (SACHS, pp. 155-156).

A legitimidade de um governo passou a ser compreendida como extensão de respeito e defesa dos direitos humanos de seus cidadãos (DONNELLY, p. 169). O desenvolvimento, a democracia e os direitos humanos foram alçados a ponto central na comunidade internacional do século XX.

Por isso, o Ministro Menezes Direito esclareceu: “Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias.”.

Celso Lafer já havia tratado da ligação entre democracia e liberdade de expressão antes do questionamento envolvendo a Lei de Imprensa:

O direito à informação, que no Direito das Gentes, como o direito à intimidade, tem como objeto a integridade moral do ser humano, é precipuamente uma liberdade democrática, destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública. (LAFER, 1988, p. 241)

A preocupação com direitos humanos deve levar em consideração todos os direitos por meio dos quais seja possível impedir uma ruptura totalitária. Nas experiências totalitárias, os acontecimentos são manipulados para atender aos desígnios dos governantes e obter o consenso forjado da sociedade.

A publicidade, por seu turno, apresenta-se como condição para que se possa avaliar criticamente os fatos e deles dissentir.

A democracia pode não ser uma condição necessária ao desenvolvimento, especialmente no curto e médio prazo. Trata-se,

porém, de um mecanismo para controlar o desgoverno economicamente predatório que precede qualquer chance real de desenvolvimento. Muito disso é verdade com relação aos direitos civis e políticos. Ao prover responsabilidade, transparência, ampla participação, e um fluxo livre de informação, os direitos humanos e a democracia podem ajudar a assegurar que o crescimento econômico seja canalizado para o desenvolvimento nacional ao invés do enriquecimento privado. As redistribuições exigidas pelos direitos econômicos e sociais procuram assegurar, igualmente, que a prosperidade seja difundida em toda sociedade, ao invés de concentrada numa elite minoritária. Pode-se mesmo adiantar um argumento de que a distribuição dos benefícios do crescimento trazidos pela democracia e pelos direitos humanos é essencial para o desenvolvimento sustentável quando uma economia alcançar um *status* de renda média. (DONNELLY, pp. 172-173).

A relação entre democracia e direitos humanos é dinâmica e dialética. A busca democrática envolve a maneira pela qual o poder político é exercido e, também, a forma por meio da qual são implementados os direitos fundamentais.

[...] o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados internacionais de direitos humanos, por sua vez, essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, por meio da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurados. (PIOVESAN, 2013, pp. 463-464)

Por isso, a Corte Suprema argumentou que a liberdade de imprensa é essencial para a formação da opinião pública e apresenta uma alternativa à versão oficial. O Ministro Joaquim Barbosa pontuou:

É através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da polis, ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação e quanto ao juízo a que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos.

A tolerância de opiniões divergentes atende, ainda, à razão moral de respeito à pessoa alheia. Não se trata de indiferença ou renúncia à verdade, mas sim do reconhecimento de que todos possuem o direito de formar sua própria consciência e tal direito é extensão da própria liberdade (BOBBIO, p. 88).

Ademais, a verdade sincrética se constrói por meio da união e do confronto entre as verdades parciais e “[...] sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente

protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos [...]” (BOBBIO, 2004, p. 93).

O Supremo foi além nessa vinculação da liberdade de expressão à democracia e entendeu ser o caso de interdição parcial do direito de legislar quanto ao núcleo duro da liberdade de imprensa.

Ficou assentado que não há qualquer possibilidade de se estabelecer censura prévia, ante a compreensão de que a atividade de imprensa está sujeita à auto regulação e à regulação social.

A consagração de um direito humano não exclui os demais e, por vezes, criam-se tensões entre direitos distintos, como acontece com o direito à informação e o direito à intimidade, bem como em face da prática do jornalismo investigativo.

Por direito à intimidade, deve-se compreender “[...] o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.” (Lafer, 1988, p. 239)

O direito à intimidade impõe limitação ao direito de informação. É preciso ponderar o interesse público na divulgação da informação com o direito à privacidade.

Nesse aspecto, o Ministro Gilmar Mendes alertou que: “[...] a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X) [...] essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação.”.

Assim, a própria Constituição já traz o mecanismo de calibração do princípio ao prever a vedação de anonimato, o direito de resposta, o direito à indenização por dano material ou moral (intimidade, vida privada, honra e imagem), livre exercício de qualquer profissão, direito ao resguardo do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

Por fim, o STF firmou ser proporcional a relação entre a liberdade de imprensa e a responsabilidade civil por danos morais e materiais em caso de excesso.

Esse raciocínio levou à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67, sem qualquer possibilidade de interpretação conforme a Constituição ou de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

3.2 O DIÁLOGO ENTRE A ADPF Nº 130, O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS DECISÕES DA CORTE EUROPEIA

No diálogo com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, nota-se referências ao Pacto de São José da Costa Rica por Ayres Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Os Ministros Menezes Direito e Gilmar Mendes mencionam a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Celso de Mello cita, ainda, a Declaração de Chapultepec.

Não foram mencionadas a DUDH e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais poderiam ter reforçado a argumentação dos ministros e trazidos outros elementos para embasar a decisão da Corte.

Isso porque cumpre aos Estados-partes adotarem medidas para assegurar os direitos elencados no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, para proteger os indivíduos contra violações do próprio Estado ou de entes privados (PIOVESAN, 2013, p. 243).

Assim, o reconhecimento da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988 nada mais seria do que o mero cumprimento do compromisso firmado pelo Brasil com a assinatura do aludido tratado.

Quanto às decisões da Corte Europeia, merece destaque a alusão ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos nos votos dos ministros, o qual serviu como paradigma para os quatro casos abordados anteriormente.

Observa-se que a análise do significado e da extensão da liberdade de expressão pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha sido realizada em contexto de menor maturidade jurisprudencial em relação à Corte Europeia, nem por isso foi menos aprofundada.

Interessante observar a tendência da STF em adotar uma compreensão mais próxima da norte americana acerca da liberdade de expressão e de seus limites.

A Corte Europeia admitiu as intervenções dos Estados nos casos a ela submetidos, desde que: (i) exista previsão na legislação doméstica; (ii) essa previsão legal não seja demasiadamente vaga; (iii) a restrição à liberdade de expressão vise fim legítimo; e (iv) a intervenção, no caso concreto, mostre-se necessária no contexto democrático.

O Supremo, por seu turno, tratou da suficiência da responsabilização posterior e do direito de resposta e mencionou uma vedação ao poder de legislar sobre a matéria.

CONCLUSÃO

O contexto pós-Segunda Guerra Mundial colocou o enfoque na dignidade humana como forma de se evitar ao retorno ao totalitarismo e a repetição dos horrores vivenciados pela humanidade.

A relação entre liberdade de expressão e dignidade humana ressaí da indissociabilidade desse direito fundamental ao regime democrático e ao desenvolvimento.

A censura prévia não se coaduna com a liberdade individual e o pleno exercício da dignidade humana, pois impede o confronto de opiniões divergentes e a formação da verdade sincrética.

Ademais, o destinatário principal das informações, opiniões e expressões expressadas é a coletividade e não o Estado. Cabe a ela, portanto, avaliar, em primeiro momento, a pertinência daquilo que foi veiculado.

O confronto entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à vida privada vai acontecer e as fronteiras limítrofes entre eles deverão ser apreciadas no caso concreto.

Essa limitação mútua ainda depende, no Brasil, de parâmetros mais seguros para apreciação dos conflitos judiciais, a exemplo da abordagem adotada pela Corte Europeia, na qual se exige a previsão legal de possibilidade de limitação da liberdade de expressão, a ausência de vagues da legislação, a busca por fim legítimo com a restrição ao direito e sua pertinência com o regime democrático.

Não obstante, o Supremo já delineou as linhas mestras a guiarem os aplicadores do direito na ADPF nº 130, ao fixar a prevalência da liberdade de expressão, a suficiência do direito de resposta e do regime de responsabilidade civil e criminal, bem como deixando em aberto a possibilidade de intervenção legislativa para regular determinados conflitos.

A prioridade da liberdade de expressão não significa, por absoluto, a convivência ou a aceitação do erro. Além do respeito às opiniões contrárias e da finalidade de se formar uma opinião sincrética, é preciso construir pela liberdade.

É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão. (BOBBIO, 2004, p. 91)

Assim, as zonas por ora cinzentas nos direcionam a favor da liberdade de expressão e contra a repressão das opiniões contrárias. Aquele ora acusado de intolerância pode aprender com o erro, mas quem se volta à intolerância segue por caminho tortuoso e de difícil retorno.

A liberdade constrói ao ampliar o debate e enriquecer os argumentos. Já a censura destrói, ao cercear o acesso a opiniões contraditórias e ao exercício da liberdade de expressão. O caminho distante dos regimes totalitários e das violações de direitos humanos repousa na liberdade de expressão. Não se combate intolerância com mais intolerância sob as vestes de censura, mas sim com diálogo.

O pretexto da censura que hoje se considera nobre pode ser falseado amanhã. A tão cara liberdade de manifestação sacrificada em nome de suposta censura benéfica põe a risco a liberdade individual, o pluralismo de opiniões e, em última análise, a higidez do regime democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apres. Celso Lafer. Nova edição, 7. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONNELLY, Jack. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. In: PINHEIRO, Paulo Sergio. GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). *Direitos humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Resumen de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/sistema_europeo.asp>. Último acesso em 27.05.2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania*. In: PINHEIRO, Paulo Sergio. GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). *Direitos humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão.

A LEI MARIA DA PENHA E A SUA (IN)EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA CIDADE SATÉLITE DE SAMAMBAIA/DF

Roberta Cordeiro de Melo Magalhães

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a efetividade da aplicação da Lei Maria da Penha na Comarca de Samambaia, cidade Satélite do Distrito Federal, junto à Vara de Violência Doméstica, quando aplicada a casos concretos levados ao Poder Judiciário. A abordagem se mostra relevante, em face do aumento do número de casos de violência doméstica e familiar perpetrados em face de mulheres em todo o Brasil, em diversas formas, sendo necessário um estudo dessa natureza como forma de repensar soluções para o problema. Apesar de toda uma evolução social e jurídica no que diz respeito à igualdade de gênero, ainda é uma triste realidade que assola a sociedade. Para tanto, evidenciou-se em tal pesquisa a existência de lacunas sociais e jurídicas que impedem uma maior efetividade da referida lei.

Palavras-chave: violência doméstica; gênero; aspectos legais; efetividade.

Abstract: This article aims to analyze the effectiveness of the application of the Maria da Penha Law in the District of Samambaia, Satellite City of the Federal District, with the Domestic Violence Court, when applied to specific cases brought to the judiciary. The approach is relevant in view of the increasing number of cases of domestic and family violence perpetrated in the face of women throughout Brazil, in several ways, and such a study is needed as a way to rethink solutions to the problem. Despite a whole social and legal evolution regarding gender equality, it is still a sad reality that plagues society. For such, it was evidenced in such research the existence of social and legal gaps that prevent a greater effectiveness of the referred law.

Keywords: domestic violence; genre; legal aspects; effectiveness.

INTRODUÇÃO

Um dos graves problemas sociais enfrentados na atualidade do nosso país é a violência doméstica e familiar contra o gênero feminino. Esse tipo de violência é fruto de uma cultura patriarcal que, por séculos, tratou a mulher como ser inferior, não possuindo autonomia para a prática de seus atos, sendo submetida ao gênero masculino desde a figura paterna até o casamento.

Essa cultura conservadora, de superioridade de gêneros, gera uma situação de exploração e de subordinação, na qual a mulher subordina-se aos caprichos impostos, gerando uma situação de hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher. De outro lado, foi o homem, desde cedo, preparado para ter atitudes agressivas e de comando. Esse cenário é demonstrado desde a infância, inclusive por demonstrações de brincadeiras infantis.

A violência de gênero é um problema recorrente, sendo, inclusive uma das principais formas de violação de direitos humanos, com ofensa aos direitos à vida, à saúde, à integridade física e moral. Inúmeras mulheres sofrem e continuam sofrendo violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, seja na família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido.

A violência doméstica reflete as atitudes de uma sociedade opressora em relação às mulheres, as quais eram submetidas a várias agressões e negligências, inclusive do próprio Judiciário, uma vez que os julgamentos das condutas das quais eram vítimas ocorriam em Varas Criminais comuns e Juizados Especiais. Além disso, as leis que as protegiam possuíam dispositivos escassos e de reduzida aplicabilidade prática.

Somente no ano de 2006 é que foi sancionada a Lei Maria da Penha, após denúncia e condenação do Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, com a intenção de, além de proteger a mulher que esteja sofrendo violência, prevenir situações futuras de agressão, com a punição dos agressores e, também, afastando de vez a competência dos Juizados Especiais Criminais para julgamento.

Com a promulgação da Lei 11.340/06, foram criados mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do que dispõe o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal. A promulgação desta lei torna mais rigorosa a punição para agressões contra mulheres quando ocorridas no âmbito doméstico e familiar, criando mecanismos próprios para coibir e erradicar as situações de violência de gênero.

Assim, a hipótese nascida do problema retrocitado é: como a Lei Maria da Penha, bem como seus mecanismos de proteção, vêm sendo aplicados para os casos de violência contra a mulher na cidade satélite de Samambaia/DF, uma vez que ainda hoje é triste a realidade de mulheres que são submetidas a todo o tipo de violência.

A concretização dos mencionados objetivos terá como caminho o procedimento monográfico como metodologia de procedimento, com a verificação da literatura jurídica e de outras áreas do saber e, como metodologia de abordagem, a linha crítica-metodológica, que percebe o Direito como um complexo de linguagem e de significados.¹

1. A MULHER E A LUTA POR SEUS DIREITOS

Violência significa o uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar terceira pessoa a fazer alguma coisa contra sua vontade. Tem o significado de constranger, de tolher a liberdade, de impedir terceiro de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver ameaçado, lesionado ou mesmo ser morto. Pode-se resumir a violência como uma grave violação dos direitos humanos.²

A violência contra a mulher é um grave problema social, sendo inclusive um problema de saúde pública, uma vez que é considerado como uma das principais causas de mortalidade existente, podendo ser ainda tido como uma das transgressões mais

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

² TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

frequentes dos direitos humanos. Com isso, os custos sociais e econômicos dela são muito altos.^{3 4}

Na Grécia, no período clássico, a razão era toda de Apolo, o qual era considerado Deus da Razão. As ideias, nesta época, eram associadas à masculinidade e a Apolo. A mulher era vista como uma alma inferior, sem luz e que estava na escuridão, se opondo a ela a verdade e o conhecimento. Os pensadores, naquela época, consideravam os homens como seres superiores, sendo que as mulheres a eles deveriam estar subordinadas.⁵

No Brasil, desde 1979, ano em que as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, foram feitas várias reuniões com a finalidade de discutir a questão de violência de gênero, procurando soluções viáveis para a proteção destas vítimas.⁶

O processo para criação de uma lei no combate à violência contra mulheres no Brasil foi muito longo e antecedido de muitas manifestações e debates. Na década de 1970, grupos de mulheres foram às ruas com o slogan *quem ama não mata*, levantando a bandeira contra a violência, sendo este tema incluído na pauta feminista como uma das suas principais reivindicações. Já no início da década de 1980, foram feitas as primeiras ações governamentais no sentido de incluir em sua agenda a temática da violência contra mulheres e, em 1985, foi criada a primeira delegacia especializada de atendimento às mulheres.⁷

³ FANEITE, Josmery; FEO, Alejandra; MERLO, Judith Toro. *Grado de conocimiento de violencia obstétrica por El personal de salud*. Rev Obstet Ginecol Venez [Internet]. 2012; 72(1): 4-12. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322012000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es Acesso 10/ago/2017.

⁴ PACHECO, Leonora Rezende; MEDEIRO A Marcelo, GUILHEM Dirce. *Intimate Partner Violence: cultural, social and health correlations*. Nursing & Care Open Acces Journal. 2017, 2(4)00046. Disponível em: <https://medcraveonline.com/NCOAJ/NCOAJ-02-00046.php> Acesso em 25/nov/2018.

⁵ TRINDADE, Vitória Etges Becker. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária*. Disponível em: [file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 03/set/2019.

⁶ FANEITE, Josmery; FEO, Alejandra; MERLO, Judith Toro. *Grado de conocimiento de violencia obstétrica por El personal de salud*. Rev Obstet Ginecol Venez [Internet]. 2012; 72(1): 4-12. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322012000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es Acesso 10/ago/2019.

⁷ MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Iáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 39.

Na década de 1990, as feministas se organizaram e se mobilizaram de forma mais eficaz, organizando seminários e reuniões em que a questão da violência de gênero era o ponto mais importante. Ocorre que, não havia proteção específica no Brasil para as mulheres vítimas de violência de gênero, principalmente quando este tipo de violência ocorria no seio da família.⁸

Não havia, na época, ainda, uma legislação específica para proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no Brasil e as conquistas, até os anos 2000, eram tímidas. Naquela época, para a garantia de direitos e eliminação de discriminações havia apenas circunstâncias agravantes, previstas no artigo 61 do Código Penal, quando o crime é praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Além disso, a Lei 8.930/1994, aumentou o rol dos crimes hediondos, com a inclusão do estupro e do atentado violento ao pudor.⁹

Ato contínuo, a Lei 9.318/1996 agravou a pena de crime praticado contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida. Em 1997, sancionou-se a Lei 9.520, a qual revogou o artigo 35 do Código de Processo Penal, que previa a impossibilidade da mulher casada exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando separada ou quando a ação fosse movida contra ele, podendo o juiz suprir o consentimento em caso de recusa do marido. Ainda, a Lei 10.224/2001 inclui o assédio sexual no Código Penal.¹⁰

Como não havia legislação específica, passou-se a realização de projetos de lei. A questão da violência contra a mulher tramitava no Congresso Nacional por meio de seis projetos de lei, os quais previam medidas cautelares, como afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Ocorre que estes projetos em tramitação no Congresso estavam muito aquém das reivindicações feministas e não iriam resolver o problema da violência de gênero.¹¹

⁸ MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Íáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 39.

⁹ MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Íáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 39/40.

¹⁰ MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Íáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 40.

¹¹ MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Íáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 40/41.

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), aprovada pela OEA em 1994, reconheceu que a violência contra a mulher, no âmbito público e privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício de todos os seus direitos fundamentais. Definem violência contra a mulher como sendo uma conduta, baseada no gênero, que ocasione morte, dano físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na área pública, como na área privada, nos termos do seu artigo 1º. Ademais, a violência baseada em gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e sem simetria entre homens e mulheres.¹²

No ano de 1998, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e o Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, juntamente com Maria da Penha Maia Fernandes, encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA petição contra o Estado brasileiro, por causa de violência por ela sofrida.¹³

No Judiciário, não havia Varas especializadas para julgamento de casos de violência doméstica contra mulheres. Os casos existentes eram encaminhados para os juizados especiais cíveis e criminais – JEC e JECRIM, instituídos pela Lei 9.099/95, cuja competência é para julgamento de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 2 (dois) anos.¹⁴

Depois de ter atentado duas vezes contra a vida de sua esposa e após passados quinze anos da agressão, o marido de Maria da Penha ainda não havia recebido uma sentença condenatória perante os Tribunais brasileiros. Além do mais, o agressor ainda permanecia em liberdade. O Estado brasileiro foi denunciado pela omissão de punir o agressor de Maria da Penha. Esta denúncia foi uma evidência de um padrão sistêmico de

¹² STRECK, Lenio Luiz, *Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 123.

¹³ TRINDADE, Vitória Etges Becker. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária*. Disponível em: [file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 03/set/2019.

¹⁴ MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Íaris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 41.

omissão e negligência de casos de violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres brasileiras.¹⁵

A Convenção de Belém do Pará foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 09 de junho de 1994, sendo promulgado por meio do Decreto Presidencial nº 1773, de 1º de agosto de 1996. No Brasil ela foi ratificada em 27 de novembro de 1995. Esta Convenção foi uma das lutas dos movimentos feministas, na busca de combater a violência contra as mulheres. Por intermédio desta convenção, definiu-se a violência e as diversas formas que ela pode assumir.¹⁶

Referia Convenção, ainda em seu artigo 4º, menciona que toda mulher tem direito a que se respeite sua vida, integridade física, mental e moral, liberdade e segurança pessoais e de não ser submetida à tortura, dentre outros direitos. O caso Maria da Penha foi o primeiro em que a referida Convenção foi aplicada.

No ano de 1996, a Organização Mundial de Saúde definiu violência de gênero como prioridade de saúde pública. A violência contra as mulheres está presente em quase as sociedades, senão em todas mesmo. Ocorre que, apesar de reconhecida, na maior parte das vezes, é aceita. Muitas das vezes, seja por vergonha ou medo, a mulher opta por não denunciar. Quando a violência ocorre durante a gestação, configura o nominado abuso pré-natal.¹⁷

Com relação à violência contra a mulher, um estudo preliminar do IPEA estima que, entre 2009 e 2011, o Brasil registrou 16,9 mil feminicídios, o que significa mortes de mulheres por conflito de gênero, especialmente em casos de agressão feitas por seus parceiros íntimos. Esse número indica uma taxa de 5,8 casos para cada grupo de 100

¹⁵ TRINDADE, Vitória Etges Becker. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária*. Disponível em: [file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 03/set/2019.

¹⁶ SANTANA, Selma P.; PIEDADE, Fernando O. *Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06*. XIII Seminário Nacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <file:///D:/Users/m313790/Downloads/16939-16119-2-PB.pdf>. Acesso em: 18/set/2019.

¹⁷ FANEITE, Josmery; FEO, Alejandra; MERLO, Judith Toro. *Grado de conocimiento de violencia obstétrica por El personal de salud*. Rev Obstet Ginecol Venez [Internet]. 2012; 72(1): 4-12. Available from: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322012000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es Acesso em 10/ago/2019.

mil mulheres.¹⁸ Infelizmente, mesmo com a criação da Lei Maria da Penha, este número só faz aumentar, pelo menos em nosso país.

De acordo com dados da Central do Ligue 180 da Secretária de Políticas para as Mulheres (SPM), desde a sua criação, em 2005, até outubro de 2015, foram registrados 4.708.978 atendimentos, dentre os quais constam: prestação de informações e encaminhamentos para serviços tanto especializados quanto de teleatendimento, tais como 190 da Polícia Militar, 197 da Polícia Civil e Disque 100 da Secretaria de Direitos Humanos. Além disso, esta Central atende denúncias de violência e reclamações sobre os serviços da rede de atendimento à mulher, bem como orienta sobre seus direitos. Desde 2014, coube a esse serviço enviar as denúncias para a Segurança Pública e para o Ministério Público de cada estado brasileiro, sendo o início dos serviços da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher.¹⁹

Desse modo, vê-se que a violência é uma forma destrutiva, visando o outro com a finalidade de destruí-lo, mas acaba por atingir a humanidade como um todo. Porém, ela é um fenômeno intrínseco ao processo civilizatório, sendo um elemento estrutural da organização das sociedades, manifestando-se de várias formas. A violência contra a mulher, de forma mais específica, engloba a violência doméstica e a violência obstétrica. Gênero é um conceito das Ciências Sociais que surge como referencial teórico para que se analise e compreenda a desigualdade entre o que é atribuído à mulher e ao homem.²⁰

A tendência de se considerar a violência contra a mulher como sendo de gênero teve início na década de 1990. O termo *gênero* surgiu inicialmente nos Estados Unidos entre as feministas, as quais queriam firmar o caráter social das diferenças com base no sexo. O termo referido também o aspecto de relações de feminilidade. Homens e

¹⁸ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2013. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=19873 Acesso em 03/nov/2018.

¹⁹ SPM – Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Balanço: Ligue 180 – Uma década de conquistas*. Brasília (Brasil): Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em 03/nov/2018.

²⁰ GOMES, Vera Lúcia de Oliveira; SILVA, Camila Daiane; OLIVEIRA, Denize Cristina de; ACOSTA, Daniele Ferreira; AMARRIO, Cristiane Lopes. *Violência doméstica contra a mulher: representações de profissionais de saúde*. Rev. Latino-Am. Enfermagem. [Internet]. 2015; 23(4): 718-724. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v23n4/pt_0104-1169-rlae-23-04-00718.pdf Acesso em 13/nov/2018.

mulheres eram definidos em termos recíprocos e não se compreendia qualquer dos sexos por meio de um estudo separado.²¹

O conceito de gênero enfatiza a noção de cultura, situando-se na esfera social, e indica, assim, uma construção social e cultural. Esse modo de violência surge de uma série de valores, de costumes e de práticas que são culturalmente impostos sobre corpos sexuados, e estes delegam papéis adequados aos homens e às mulheres com base, exclusivamente, em suas diferenças biológicas.²²

O termo *gênero* é usado como substituto para o termo *mulheres*. Com a evolução dos estudos sobre sexo e sexualidade, *gênero* tornou-se uma palavra de utilidade, porque estabelece uma maneira de diferenciar a prática sexual dos papéis sexuais atribuídos tanto a homens quanto a mulheres. O termo *gênero* dá ênfase a todo um sistema de relações que pode inclui o sexo, mas não necessariamente é determinado pelo sexo, nem determina diretamente a sexualidade.²³ Essas representações sociais geraram relações de poder assimétricas entre homens e mulheres, estabelecendo-se, assim, a submissão da mulher na sociedade.²⁴

Quando se fala em gênero, isto designa indivíduos de sexos diferentes (masculino e feminino) ou coisas sexuadas. Ocorre que, como o termo vem sendo utilizado, nas últimas décadas, pela literatura feminista, adquiriu características diferentes. Assim, usa-se gênero para enfatizar o conceito de cultura, coloca-se dentro da esfera social, divergindo do conceito de sexo, situado no plano biológico, assumindo as posições de feminino e masculino.²⁵

Violência de gênero é um amplo conceito que abrange vítimas como mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos. Quando se fala em função patriarcal, o homem é o ser que detém o poder de determinação da conduta das categorias

²¹ SCOTT Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1995, p. 72.

²² SCOTT Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1995, p. 75.

²³ SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1995, p. 75/76.

²⁴ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. 1 ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 37.

²⁵ ARAÚJO Maria de Fátima. *Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate*. Psic. Clin. [Internet]. 2005; 17(2): 41-52. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pc/v17n2/v17n2a04.pdf> Acesso em 28/nov/2018.

sociais, recebendo uma espécie de autorização da sociedade para punir o que ele entender como algum desvio. Mesmo que não haja qualquer tentativa, por parte das vítimas potenciais, de se desviar das normas sociais, a execução do projeto de dominação exige que o homem exercite sua capacidade de mando, auxiliada pela violência, uma vez que a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas aos ditames do patriarca.²⁶

A violência contra a mulher é aquela praticada contra pessoa do sexo feminino, somente pela condição de ser mulher. Esse conceito tem o viés de intimidação da mulher pelo homem, o qual desempenha o papel de seu agressor, dominador e disciplinador. A violência doméstica é aquela que ocorre dentro de casa, nas relações entre pessoas da família, entre homens e mulheres, pais ou mães e filhos, entre pessoas idosas ou mesmo jovens. Independente da faixa etária das pessoas que sofrem a violência, estas se voltam basicamente contra a mulher, o alvo principal das agressões e humilhações.²⁷

Nas relações familiares existem relações de poder, onde mulheres e crianças obedecem ao homem, e este é tido como a autoridade máxima da família. Dessa forma, este poder é legitimado, seja o homem visto como esposo ou como pai. Essa imposição gera situações de medo, de forma que qualquer desvio dos padrões de família, pode causar conflitos. A maior parte dos casos de violência, tanto contra mulheres, quanto contra crianças e adolescentes tem como marco relações assimétricas e de hierarquia.²⁸

Diante disso, a violência contra mulheres é um conjunto de atos que se constituem e se estruturam na relação hierárquica de poder entre os sexos, que operam como estratégias de controle sobre o corpo e a mente de mulheres que vivem no sistema

²⁶ SAFFIOTI, Heleite Iara Bongiovani. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Cadernos PAGU, Campinas, v. 16, p. 115/116. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf> Acesso em 26/jul/2019.

²⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

²⁸ GOMES, Nadielene Pereira; DINIZ, Normélia Maria Freire; ARAÚJO, Anne Jacob de Souza; COELHO, Tâmara Maria de Freitas. *Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração*. Acta Paul. Enferm. [Internet]. 2007; 20(4): 504-08. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ape/v20n4/19.pdf> Acesso em 14/jan/2019.

patriarcal. Na violência doméstica, a mulher encontra-se sem qualquer poder de reação, tanto no campo da subjetividade, quanto no da objetividade.²⁹

Com o surgimento da já referida Lei 11.340/2006, pretendeu-se modificar o cenário do enfrentamento judicial com relação à violência de gênero. O diploma legal deixou explícita sua submissão à Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, ratificada por 186 Estados (2010), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de acordo com o art. 1º.³⁰

De outro lado, em nível de direito interno, mencionada lei expressamente subsume-se ao artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, quando impõe ao Estado assegurar a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, com a criação de mecanismos para impedir a violência, no âmbito de suas relações, deixando clara sua adequação à ordem constitucional, bem como à tendência mundial de preservar os direitos da mulher no bojo das relações domésticas.

Ainda com relação ao artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, define a competência para julgamento de agressões à mulher, definindo-a como sendo a ação ou omissão que se baseia no gênero e que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O art. 2º da mencionada lei aumenta a definição do que vem a ser agressão, para compreender, a teor do art. 7º, a violência física, psicológica, violência sexual, patrimonial e moral, como já explanado anteriormente.

Assim, com o advento da Lei 11.340/06, destacam-se sete inovações extraordinários, quais sejam: a) mudança de paradigma para o caso de enfrentamento da violência contra a mulher, entendida agora como violação de direitos humanos; b) incorporação da perspectiva de gênero; c) incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; d) fortalecimento da ótica repressiva; e) harmonização com a Convenção

²⁹ OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *O feminismo desconstruindo e reconstruindo o conhecimento*. Universidade Federal de São Paulo, p. 241. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n1/a21v16n1.pdf> Acesso em 27/julho/2019.

³⁰ “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher de Belém do Pará; f) consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual; e g) estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.³¹

2. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE SAMAMBAIA/DF

Os dados apresentados têm como base a pesquisa documental realizada junto à Vara de Violência Doméstica da cidade satélite de Samambaia/DF, que se voltou à análise dos processos criminais envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher na referida cidade, no ano de 2019, de modo a se constatar a aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha diante dos casos concretos. Para tanto, a análise recaiu sobre os processos criminais distribuídos no período de 01/01/2019 até 31/08/2019, para assim, auferir a tipificação de cada um deles e o desfecho de tais processos, seja pela condenação ou absolvição dos denunciados.

Neste período, percebe-se da análise da movimentação processual na respectiva Vara, que esta possui, em média, um total de 2100 processos, entre físicos e eletrônicos (PJE), variando os tipos penais, demonstrando que, dependendo do caso concreto e de suas peculiaridades, pode ser mais morosa a tramitação e, por consequência, o julgamento.

No período da pesquisa, foram distribuídos 1.812 procedimentos, entre físicos e eletrônicos, sendo 1.087 de inquéritos policiais e ações penais e 725 de medidas protetivas. Até 27 de maio só havia processos físicos, e a partir desta data, somente processos eletrônicos (PJE). As ações penais seguem os ritos ordinário e sumário. Dos processos, 95% foram julgados procedentes. Os crimes contra a honra (em sua maioria o crime de injúria) são geralmente arquivados, por ausência de queixa-crime; os crimes de ameaça em torno de 30% são arquivados por desinteresse da vítima. Tendo em vista estes arquivamentos, a medida protetiva também não subsiste. De outro lado, em torno de 10 a

³¹ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 113/115.

15% das vítimas pedem o arquivamento das protetivas, muito embora a ação penal permaneça em andamento.

Como demonstrativo dos números acima, segue a seguinte tabela:

Janeiro	Medidas protetivas: 103	Inquéritos policiais: 128	n/a	n/a
Fevereiro	Medidas protetivas: 77	Inquéritos policiais: 87	n/a	n/a
Março	Medidas protetivas: 89	Inquéritos policiais: 127	n/a	n/a
Abril	Medidas protetivas: 66	Inquéritos policiais: 133	n/a	n/a
Maio	Medidas protetivas: 36	Inquéritos policiais: 175	Ações penais eletrônicas: 1	Medidas protetivas eletrônicas: 57
Junho	Medidas protetivas: 25	Inquéritos policiais: 95	Ações penais eletrônicas: 63	Medidas protetivas eletrônicas: 76
Julho	Medidas protetivas: 24	Inquéritos policiais: 101	Ações penais eletrônicas: 45	Medidas protetivas eletrônicas: 78
Agosto	Medidas protetivas: 18	Inquéritos policiais: 127	Ações penais eletrônicas: 5	Medidas protetivas eletrônicas: 79

Fonte: dados coletados pela pesquisadora

Importante ressaltar que o número de ações penais que foram julgadas procedentes prepondera sobre as demais, não obstante, porém, o retorno da convivência entre as partes do processo (ofendida e ofensor), mas atestando a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos concretos de forma a responsabilizar os verdadeiros agressores que submetem as suas vítimas às mais diversas formas de violência.

Além disso, ao analisar os casos pesquisados, verifica-se que os tipos penais mais recorrentes no lapso temporal pesquisado, são os crimes de injúria e ameaça. No que diz respeito à injúria, raríssimas são transformadas em ação penal, sendo que a maioria esmagadora são casos de arquivamento por inércia da ofendida.

O artigo 5º da Lei Maria da Penha define violência contra a mulher como qualquer conduta, isto é, ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou deficiências no âmbito público ou privado. O conceito é amplo e engloba distintos tipos de violência, como doméstica, sexual, física, psicológica, moral, patrimonial e institucional.^{32 33}

A Convenção de Belém do Pará estabelece, ainda, que toda mulher tem o direito à integridade moral. Esta se caracteriza por ser quase sempre verbal ficando restrita aos crimes tipificados no Código Penal, dentro do Capítulo dos crimes contra a honra. Assim, a calúnia (artigo 138, CP), a difamação (artigo 139, CP) e a injúria (artigo 140, CP) são os crimes nos quais pode incidir o agressor em caso de violência moral de gênero. Afora estes crimes, inexistem outras previsões legais para enfrentar situações de insulto, como no caso de depreciação do indivíduo, hipóteses que, inclusive não deixam vestígios, a despeito de ocasionarem lesão à vítima.

A violência moral está relacionada à violência psicológica, tendo efeitos mais amplos, uma vez que sua ocorrência impõe, nos casos de calúnia e difamação, ofensa à honra objetiva, isto é, ofensas à imagem e reputação da mulher em seu meio social. Esse tipo de violência passou a ter maiores dimensões, tendo em vista a evolução tecnológica, através de meios de informação e via internet.³⁴

A violência psicológica tem relação com as outras formas de violência contra a mulher e sua justificativa está na negativa ou impedimento à mulher de exercer sua liberdade em relação ao agressor. Os ataques à sua liberdade de escolha, que ocorrem

³² CASA CIVIL. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), de 07 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília (Brasil): 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em 25/nov/2018.

³³ SPM - Secretária de Políticas para as Mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres*. Brasília (Brasil): Ministério da Cidadania; 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em 25/nov/2018.

³⁴ FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º. *Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 210.

normalmente porque existe a afirmação constante pelo agressor da incapacidade de agir e de ter escolhas, infantilizam a vítima. Isso impede a vítima de se desenvolver enquanto pessoa, de forma autônoma, pelo constante ataque à sua liberdade de autodeterminação com relação ao agressor.³⁵

Desse modo, verifica-se que marcas ou sinais deixados pelo corpo não são requisitos para a configuração deste tipo de violência de gênero. Assim, quando a violência ocorre de forma continuada, pode gerar traumas psicológicos e estes ocasionam o surgimento de doenças psicossomáticas em decorrência de baixas imunidades geradas.³⁶

Assim, a partir do estudo feito, verifica-se que o tipo de violência mais frequente na comarca de Samambaia é a violência moral. Em segundo plano, observa-se a recorrência do crime de estupro de vulnerável, o qual está vindo à tona. Do total de processos, em torno de 15% são de estupro de vulnerável. A grande maioria é de padrastos e alguns com a convivência da companheira, pelo silêncio, ou por não falar a verdade em audiência ou pelo medo da omissão imprópria. Na cidade de Samambaia existe uma peculiaridade da dependência econômica, onde muitas de calam por falta de opção de moradia. No DF, Samambaia é a terceira cidade em violência doméstica, ficando atrás de Ceilândia e Planaltina reveza com Samambaia.

Violência sexual é o temo empregado para os casos de crimes de estupro praticados dentro e fora de casa. São atos caracterizados como de força, nos quais o agressor obriga a vítima a manter relação sexual contra a sua vontade. Empregam-se a manipulação, o uso da força física, ameaças, chantagens e subornos. Tem-se como principais vítimas as pessoas do gênero feminino, sejam de qualquer idade.³⁷

O crime de estupro está tipificado no Código Penal, tanto no artigo 213, quanto no artigo 217-A. O primeiro deles, tipifica o delito como sendo o constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso. A conjunção carnal é necessariamente a

³⁵ FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º. *Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 205.

³⁶ FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º. *Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora, p. 204.

³⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

união do pênis com a vagina. Já o ato libidinoso pode ser qualquer outro ato que cause satisfação da lascívia do agente. O segundo artigo citado diz respeito ao estupro de vulnerável, que ocorre quando o agente tem conjunção carnal ou pratica algum ato libidinoso, mesmo que sem violência, contra pessoa menor de quatorze anos, ou pessoa alienada ou débil mental ou contra aquele que, por qualquer causa não pode oferecer resistência.

Estes tipos de violência sexual podem levar a gestações indesejadas, abortos induzidos, problemas ginecológicos e infecções sexualmente transmissíveis, incluindo o HIV. A violência por parte do parceiro durante a gravidez também aumenta a probabilidade de um aborto espontâneo, morte fetal, parto prematuro e nascimento de bebês com baixo peso. Este contexto pode levar à depressão, estresse pós-traumático e outros transtornos de ansiedade, dificuldades de sono, transtornos alimentares e tentativas de suicídio.³⁸

Na maior parte dos casos de violência sexual contra mulheres, estas têm consequências que não são somente de atos violentos por elas vividos, mas apresentam cicatrizes que, depois, se manifestam ao longo de sua vida sexual, afetiva, social e profissional. As feridas, ao longo da vida, podem ser curadas dependendo do cuidado e de quem cuida, mas as cicatrizes são marcas visíveis e invisíveis da agressão e do cuidado, pois apenas se cuida de outrem aquele que cuida de si mesmo.³⁹

O abuso sexual é uma expressão usada para nominar a violência sexual praticada basicamente contra crianças e adolescentes. Ocorre pela imposição do desejo sexual de um adulto a uma criança ou adolescente para satisfação única e exclusiva de si próprio, utilizando o outro como objeto. Estudos indicam, como no caso deste estudo, que o pai biológico é o principal agressor, seguido de outros componentes da família, também do sexo feminino.⁴⁰

³⁸ OMS – Organização Mundial da Saúde - Folha Informativa – *Violência contra as mulheres*, 2017. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_joomlabook&view=topic&id=496 Acesso em 25/nov/2018.

³⁹ OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *O feminismo desconstruindo e reconstruindo o conhecimento*. Universidade Federal de São Paulo, p. 232/233. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n1/a21v16n1.pdf> Acesso em 27/julho/2019.

⁴⁰ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

As medidas protetivas de urgência são meios assecuratórios previstos na Lei Maria da Penha para manter o respeito aos direitos humanos de mulheres vítimas de violência doméstica, com o fim de prevenção e repressão de crimes contra estas vítimas. Muito embora sua utilização seja feita quando o bem jurídico tutelado já se encontra lesionado, servem para resguardar direitos e garantir a descontinuidade da agressão, devido à emergência na concessão da medida requerida.⁴¹

Nos termos do que dispões o artigo 22 da Lei 11.343/06, as medidas protetivas podem ser aplicadas de forma separada ou cumulativamente, de maneira imediata pelo juiz, o qual pode valer-se de força policial ou decretar a prisão preventiva, caso seja necessário. Servem as medidas protetivas para proteger a ofendida e garantir a segurança de sua família, restringindo seus direitos e liberdades.⁴²

Para a proteção integral da vítima e seus dependentes de agressões atuais, iminentes ou futuras, pode haver concessão de medidas protetivas ainda que não haja processo criminal em curso. Assim, se a vítima se sentir ameaçada, a vítima pode requerer a medida adequada na esfera cível, independentemente de ação principal a ela vinculada.⁴³

Quanto às medidas protetivas de urgência distribuídas na Vara de Violência Doméstica de Samambaia, no período de 01/01/2019 até 31/08/2019, verifica-se que o número de medidas ativas, isto é, ainda em andamento, são aproximadamente 120 físicas e 60 eletrônicas, totalizando 180. Com a chegada do inquérito policial, os autos são arquivados, mas a medida protetiva fica em vigor até o trânsito em julgado do processo.

No que diz respeito às medidas protetivas, ainda, as mais solicitadas foram: proibição de aproximação e de perturbação. De cada 10 (dez) medidas protetivas, 03 (três) são de afastamento do lar. Em torno de 40 % dos casos, as ofendidas vêm requerer a

⁴¹ SANTANA, Selma P.; PIEDADE, Fernando O. *Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06*. XIII Seminário Nacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <file:///D:/Users/m313790/Downloads/16939-16119-2-PB.pdf>. Acesso em: 18/set/2019.

⁴² SANTANA, Selma P.; PIEDADE, Fernando O. *Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06*. XIII Seminário Nacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <file:///D:/Users/m313790/Downloads/16939-16119-2-PB.pdf>. Acesso em: 18/set/2019.

⁴³ SANTANA, Selma P.; PIEDADE, Fernando O. *Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06*. XIII Seminário Nacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <file:///D:/Users/m313790/Downloads/16939-16119-2-PB.pdf>. Acesso em: 18/set/2019.

retirada das medidas protetivas para a reaproximação e o restabelecimento da família, tendo em vista que muitas vítimas são jovens e sem um relacionamento fixo com o agressor.

Pela Portaria Conjunta nº 78 do TJDF (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios), os funcionários que trabalham em Varas de Violência Doméstica terão que dar ciência à ofendida de todos os atos processuais, revogações de prisão preventiva, de medidas protetivas e de prolação de sentenças. Especificamente na Vara de Violência Doméstica de Samambaia/DF, não são raros os casos em que as ofendidas não se surpreendem com a soltura do agressor, inclusive questionando o motivo pelo qual o agressor ainda não se encontra em casa, não demonstrando qualquer medo.

Ante o exposto, a partir da análise realizada, percebe-se uma crescente incidência de casos envolvendo violência contra a mulher, bem como das medidas protetivas solicitadas à Vara já citada, demonstrando, desse modo, que as mulheres estão cada vez mais buscando seus direitos, com o intuito de ver solucionada a situação de violência e opressão vivenciada, mas que, somente a existência de uma lei não exclui os casos envolvendo violência contra a mulher. É necessário a adoção de políticas públicas, tanto para as vítimas, quanto para seus agressores, no sentido de prevenir a eclosão da violência, não bastando a mera punição.

O Estado deve tratar os agressores das vítimas de violência doméstica, para que repensem seus comportamentos e adotem novas formas de conduta. O projeto PLS 9/2016, da Comissão de Direito Humanos (CDH), para alteração da Lei Maria da Penha, trata de ampliar as medidas protetivas previstas no artigo 23 da referida lei.

A imposição de sanções punitivas a estes infratores não tem impacto na diminuição da reiteração criminosa, nem na reincidência e muito menos na mudança do comportamento sexual do ser humano. Na realidade, a punição não ajuda na prevenção nem na compreensão da situação pelo agressor e muito menos o recupera. O seu encaminhamento a programas, já recomendado por organizações internacionais e pelo Ministério Público, já está previsto no artigo 45 da Lei Maria da Penha, mas somente para os que se encontram encarcerados. A alteração do citado projeto aplica-se ainda na fase inquisitorial, facilitando a prevenção de futuras agressões.

CONCLUSÃO

A violência doméstica e familiar é perpetrada em face de mulheres e representa uma grave violação de direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana. Este problema decorre de uma cultura conservadora, que ainda mantém a mulher em situação opressora e violenta ante a disparidade de direitos e deveres entre os sexos. Assim, trata-se de uma violência de gênero.

Com base no apurado, o presente trabalho utilizou-se da análise documental, na qual se propôs a estudar a aplicabilidade e, assim, a efetividade da Lei Maria da Penha em casos concretos de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade satélite de Samambaia/DF.

Verificou-se que, apesar dos avanços obtidos nos últimos anos, desde a criação da Lei Maria da Penha, ainda persistem inúmeros problemas na trajetória de enfrentamento das mulheres para romper o silêncio, denunciar, superar o problema e seguir em frente livrando-se do ciclo vicioso da violência.

Evidenciou-se com o estudo e conforme análise nos números de processos junto a Vara criminal na referida Comarca, percebe-se no período estudado que de 2100 processos, englobando físicos e eletrônicos, a sua grande maioria é de casos de violência moral e psicológica, muito embora a referida Vara possua outras competências e atribuições, o que demonstra que as vítimas de tais crimes estão cada vez mais rompendo o medo de denunciar e buscando ajuda do poder estatal a fim de punir e também prevenir as situações nas quais estão inseridas.

Outro fato relevante, refere-se à aplicabilidade das medidas protetivas perante a mencionada Vara, em que constata-se a ausência de uma fiscalização efetiva e permanente, capaz de assegurar o cumprimento a tais medidas, e por conseguinte, garantir mais segurança e proteção a mulher vítima, bem como, à coletividade. De outro lado, verifica-se um arrependimento da vítima que volta atrás em sua decisão, abrindo mão da segurança que o Estado lhe proporciona, o que pode ocasionar a ocorrência de crimes mais graves, chegando, inclusive, na morte destas vítimas.

É inegável que, a Lei Maria da Penha inova ao elencar mecanismos de proteção e seus aspectos procedimentais. Porém, percebe-se a flagrante omissão quanto à forma e aos tipos de fiscalizações para que se possa efetivar tais direitos. De outro lado,

a dependência financeira e psicológica das ofendidas, faz com que tomem atitudes em seu próprio desfavor, ficando elas mesmas desprotegidas e mais vulneráveis do que ao início do processo.

Assim sendo, para que tal diploma legal alcance uma maior efetividade aos casos postos em pauta junto ao Poder Judiciário, necessita-se de um trabalho conjunto com todas as esferas de Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como, o suporte dos profissionais de Segurança Pública, e da própria comunidade, que possui voz ativa para apontar e relatar os pontos que precisam ser aperfeiçoados e atualizados, sem no entanto, esquecer o trabalho em divulgar e difundir o conhecimento da legislação como forma de garantir o acesso ao Judiciário.

Ante o exposto, verifica-se que no campo pratico há muitas lacunas sociais e jurídicas quando da aplicação da referida Lei, dificultando assim sua total efetividade, o que conduz à indicação de uma ação mais precisa por parte do Estado no que tange à implementação de políticas públicas voltadas a combater não só o ato de violência contra a mulher, mas principalmente, fazer com que a mulher vitimizada conte com o aparato judicial e assistencial.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO Maria de Fátima. *Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate*. Psic. Clin. [Internet]. 2005; 17(2): 41-52. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pc/v17n2/v17n2a04.pdf> Acesso em 28/nov/2018.

FANEITE, Josmery; FEO, Alejandra; MERLO, Judith Toro. *Grado de conocimiento de violencia obstétrica por El personal de salud*. Rev Obstet Ginecol Venez [Internet]. 2012; 72(1): 4-12. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322012000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es Acesso 10/ago/2019.

FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º. *Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora.

GOMES, Nadielene Pereira; DINIZ, Normélia Maria Freire; ARAÚJO, Anne Jacob de Souza; COELHO, Acta Paul. Enferm. [Internet]. 2007; 20(4): 504-08. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ape/v20n4/19.pdf> Acesso em 14/jan/2019.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Ministério do Planejamento, orçamento e gestão. Nota Técnica nº 17: Atlas da Violência 2018*. Brasília. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432 Acesso em 03/nov/2018.

MATOS, Myllena Calazans de; CORTES, Iáris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora.

OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *O feminismo desconstruindo e reconstruindo o conhecimento*. Universidade Federal de São Paulo, p. 241. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n1/a21v16n1.pdf> Acesso em 27/julho/2019.

OMS - Organização Mundial de Saúde. *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and nonpartner sexual violence*. Suíça: OMS; 2013. Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/> Acesso em 25/nov/2018.

OMS – Organização Mundial da Saúde - Folha Informativa – *Violência contra as mulheres*, 2017. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_joomlabook&view=topic&id=496 Acesso em 25/nov/2018.

PACHECO, Leonora Rezende; MEDEIROS Marcelo; GUILHEM, Dirce. *Intimate Partner Violence: cultural, social and health correlations*. Nursing & Care Open Access Journal. 2017, 2(4)00046. Disponível em: <https://medcraveonline.com/NCOAJ/NCOAJ-02-00046.php> Acesso em 25/nov/2018.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora.

SAFFIOTI, Heleite Iara Bongiovani. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Cadernos PAGU, Campinas, v. 16, p. 115/116. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf> Acesso em 26/jul/2019.

SANTANA, Selma P.; PIEDADE, Fernando O. *Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06*. XIII Seminário Nacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <file:///D:/Users/m313790/Downloads/16939-16119-2-PB.pdf>. Acesso em: 18/set/2019.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e Realidade, 1995.

SPM – Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Balanço: Ligue 180 – Uma década de conquistas*. Brasília (Brasil): Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em 03/nov/2018.

STRECK, Lenio Luiz, *Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. Lei Maria da Penha, comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Organizadora: Carmem Hein de Campos. Lúmen Júris Editora.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. *Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária*. Disponível em: [file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/m313790/Downloads/14576-11326-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 03/set/2019.

O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM FACILITADOR DA PARTICIPAÇÃO E DO CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Ronald do Amaral Menezes

Resumo: A partir dos princípios da transparência e acesso à informação pública, consubstanciados na Lei nº 12.527/2011, o estudo se propõe a investigar a condução das políticas públicas de Direitos Humanos e a participação social nos conselhos de políticas públicas, no âmbito municipal.

Palavras-chave: Políticas Públicas de Direitos Humanos. Cidadania. Acesso à Informação Pública. Participação e Controle Social.

Abstract: *Based on the principles of transparency and access to public information, embodied in Law No. 12.527/2011, the study aims to investigate the conduct of public policies on human rights and social participation in local public policy councils.*

Keywords: *Public Policies on Human Rights. Citizenship. Access to Public Information. Participation and Social Control.*

INTRODUÇÃO

Marco do processo de redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 (CF/1988), ainda em seu art. 1º, institui um Estado Democrático de Direito, erigindo a cidadania e a dignidade da pessoa humana à condição de fundamentos da República. Ao conferir ao povo a titularidade do poder e possibilitar que este seja exercido diretamente, contribui para a superação dos limites da democracia representativa.

Em um cenário no qual a noção de cidadania adquire contornos mais amplos, a participação e o controle social se tornam importantes elementos de influência dos processos decisórios governamentais, e de monitoramento e fiscalização das ações desempenhadas no âmbito da administração pública. Entretanto, a efetividade dessas ações está diretamente associada à existência de uma cultura de transparência e acesso a informações públicas, capaz de subverter a lógica na qual o sigilo é a regra. Nesse

contexto, a Lei de Acesso à Informação (LAI) representa um marco nesse processo, ao assegurar um direito reconhecido internacionalmente como um direito humano, inserido no âmbito normativo do direito à liberdade de expressão e analisado sob o prisma da dignidade da pessoa humana, princípio matriz dos direitos fundamentais. Não obstante, fatores como a falta de regulamentação da lei por entes subnacionais e a persistência de uma cultura avessa à transparência e ao livre acesso a informações públicas podem significar entraves ao exercício da cidadania.

Com a promulgação da CF/1988, lançam-se as bases para a emergência de instâncias e mecanismos de participação social, de que são exemplos os conselhos gestores de políticas públicas. Esse processo ganha relevo, sobretudo, ao longo dos governos do Partido dos Trabalhadores em razão de seu projeto político democratizante e participativo, nos quais se busca consolidar a participação social como método de governo. Nesse contexto, destacam-se a publicação do Decreto nº 8.243/2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), e da Lei nº 13.019/2014, que institui o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

Entretanto, em um processo de construção democrática que se desenvolve sob a égide de projetos políticos distintos e em disputa, que desempenham importante papel na ampliação ou restrição das potencialidades democráticas desses institutos, resta claro que a participação cidadã na gestão das políticas públicas se torna suscetível a avanços e retrocessos. E, nesse contexto, crises tais como esta de natureza político-econômica sem precedentes por que passa o Brasil representam combustível adicional para esses movimentos. Assim, os últimos anos foram marcados pelo *impeachment* de uma Presidente da República e, por conseguinte, a emergência de um novo projeto político que, para muitos, representou, ao menos no plano federal, uma importante inflexão no que diz respeito à participação social que, assim, passa a não ocupar posição central na agenda governamental.

Como agravante, a crise econômica que trouxe a recessão, o desemprego e levou milhões de brasileiros de volta à pobreza, fez-se acompanhar de medidas de austeridade fiscal, cortes em programas sociais e descontinuidade de políticas públicas,

com potencial impacto aos Direitos Humanos. Nesse contexto, destaque para a EC nº 95/2016, conhecida como a Emenda do Teto de Gastos, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o Novo Regime Fiscal no âmbito do Orçamento Fiscal e da Seguridade Fiscal da União, estabelecendo um limite para as despesas públicas que pode trazer reflexos negativos em áreas como saúde e educação. A emenda foi duramente criticada por Philip Alston, relator especial da ONU para extrema pobreza e Direitos Humanos. Para ele, a medida é o resultado de um processo apressadamente conduzido no Congresso Nacional pelo novo governo com a limitada participação dos grupos afetados e sem considerar seu impacto sobre os Direitos Humanos, que colocará o Brasil em uma categoria única em matéria de retrocesso social¹. As políticas de austeridade também foram criticadas por Juan Pablo Bohoslavsky, relator da ONU para Dívida Externa e Direitos Humanos. Segundo o relator, as políticas de austeridade têm caminhado junto com um processo que mina os Direitos Humanos, afetando os direitos à educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, previdência, água e saneamento, assim como direitos políticos e civis, tais como acesso à Justiça, direito de participação, liberdade de expressão e associação². Esta parece ser a percepção de organizações que atuam na promoção e defesa dos Direitos Humanos, tais como a Anistia Internacional e a *Human Rights Watch* que, em seus relatórios anuais, têm apontado grave deterioração dos Direitos Humanos no Brasil nos últimos anos. Segundo o relatório anual da ONG britânica *Global Witness*, o Brasil foi o país com mais mortes de defensores de direitos humanos e socioambientais, em 2017³. Para a diretoria executiva da Anistia Internacional no Brasil, Jurema Werneck, a crise econômica e política serviu como cortina de fumaça para que fossem colocados em pauta projetos que ameaçam seriamente a defesa de direitos⁴. Os reflexos dessa crise nos entes subnacionais são presumidos, em especial nos municípios, locus da efetivação das políticas públicas, sobretudo em razão da forte

¹<https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>

²<https://exame.abril.com.br/economia/politicas-economicas-no-brasil-devem-considerar-direitos-humanos-diz-onu/>

³https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/07/brasil-e-o-pais-com-mais-mortes-de-defensores-de-direitos-humanos-e-ambientais.shtml?loggedpaywall#_=_

⁴<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/direitos-humanos-retrocederam-no-brasil-em-2017-diz-anistia.shtml>

dependência econômica e política que estes têm em relação aos demais entes subnacionais⁵.

Diante do exposto, e com base nos elementos de transparência e acesso à informação consubstanciados na LAI, formulou-se a seguinte pergunta-problema para a pesquisa: como vêm sendo conduzidas as políticas públicas de Direitos Humanos e, nesse contexto, a participação da sociedade civil organizada no âmbito dos municípios brasileiros?

Assim, o objetivo-geral da pesquisa é investigar a condução das políticas públicas de Direitos Humanos nos municípios e a participação social nesses contextos, no âmbito dos conselhos gestores de políticas públicas, por meio da LAI. Como objetivos específicos, verificar no âmbito dos municípios: (i) o cumprimento dos ditames da LAI; (ii) a execução das políticas de Direitos Humanos; e (iii) a atuação dos Conselhos Municipais de Direitos Humanos.

No que tange aos seus aspectos metodológicos, tendo por base a tipologia apresentada por Gil (2002), a pesquisa, quanto aos fins, tem características de pesquisa exploratória e descritiva; quanto aos procedimentos técnicos utilizados, alia pesquisas bibliográfica e documental, e levantamento. A amostra, definida a partir do universo dos 5570 municípios brasileiros, foi constituída pelas capitais dos estados e demais municípios com mais de 500.000 habitantes, resultando em 46 municípios. Os dados foram coletados a partir de pedidos de informação encaminhados aos municípios no âmbito da LAI entre os meses de março e maio de 2018. Quanto aos aspectos de delimitação, elegeu-se o período de 2014 a 2017, que compreendeu fatos marcantes e considerados relevantes à consecução dos objetivos estabelecidos para a pesquisa, tais como: (i) o último ano do governo da Presidente Dilma Rousseff e sua reeleição para um segundo mandato; (ii) a crise econômica que se instaura ainda em 2014 e leva o país a uma forte recessão, aliada a uma crise política deflagrada por denúncias de corrupção; (iii) o *impeachment* da Presidente Dilma, em 2016, e a posse de seu vice, Michel Temer.

⁵ Dados do Tesouro Nacional publicados no Boletim Balanço em Foco apontam que as transferências federais e estaduais corresponderam a mais de três quartos do orçamento em 82% das prefeituras, em 2016. (STN, 2016)

A próxima seção aborda as questões atinentes ao controle e à participação social no Estado constitucional. A seção 2, por sua vez, é dedicada às questões de transparência pública e acesso à informação. Já na seção 3, são apresentados os resultados da pesquisa. Finalmente, na seção seguinte, são apresentadas as considerações finais do estudo.

1. CONTROLE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Várias são as teorias sobre a formação do Estado. Para os contratualistas, o Estado consiste em um ente imaterial e abstrato que surge a partir de um acordo de vontades com vistas a organizar e garantir a vida em sociedade. Nesse contexto, Bobbio (2000a) alude à doutrina do duplo contrato de Giovanni Althusius segundo a qual o Estado seria instituído a partir de dois contratos sucessivos: (i) o *pacto societatis*, por meio do qual os indivíduos, almejando uma convivência pacífica, abdicam do estado de natureza em prol do estado civil; e (ii) o *pacto subjectionis*, segundo o qual aqueles, já organizados em sociedade como *populus*, submetem-se a um poder soberano e provido de força coercitiva, em troca de segurança. Assim, o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força e da produção e aplicação do Direito, estabelecendo regras que tanto limitam a liberdade individual em prol do interesse coletivo, como contêm o poder político estatal com vistas à proteção das liberdades individuais.

O poder político estatal se manifesta por meio das funções executiva, legislativa e judiciária. A ideia de separação das funções estatais remonta à antiguidade com Aristóteles, mas se desenvolve no século XVII com Locke, e, sobretudo, com Montesquieu quando ganha contornos definitivos. Ao defender que as funções estatais deveriam ser executadas por organismos distintos, independentes e harmônicos entre si, o francês buscava evitar o exercício concentrado e despótico do poder pelo Estado. Como decorrência, surge a noção de controle político do Estado, baseado na limitação do poder pelo próprio poder, por meio de controles recíprocos entre os órgãos incumbidos do exercício das funções estatais. Tem-se, pois, o que, hodiernamente, denomina-se sistema

de freios e contrapesos, segundo o qual cada órgão, sem usurpar as funções dos demais, pode corrigir ou anular ações que estes tenham realizado e que tenham sido consideradas abusivas.

Há, ainda, o controle administrativo do Estado, direcionado à Administração Pública. Para Carvalho Filho (2017, p. 1001), tal controle se baseia em um “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”. Ainda segundo o autor, o controle administrativo tem como pilares de sustentação: (i) o princípio da legalidade, na medida em que a ação administrativa deve estar adstrita aos ditames da lei; e (ii) o que denomina “princípio das políticas públicas”, relacionado ao poder de a Administração estabelecer políticas, planos, diretrizes e metas, sempre mediante a observância da indisponibilidade do interesse público. O controle administrativo possibilita aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas⁶.

Nesse contexto, o conceito de *accountability* se apresenta relacionado ao dever de o Estado, por meio de seus agentes, tornar públicas suas ações, possibilitando a atribuição de responsabilidades por ações e omissões, e pelos resultados auferidos. O’Donnell (1998) segmenta o conceito de *accountability* em duas dimensões: horizontal e vertical. A primeira se relaciona com o controle exercido por organizações pertencentes ao aparato do próprio Estado sobre políticas e serviços; a segunda diz respeito aos mecanismos de controle disponíveis aos cidadãos. Baseados na *accountability* vertical de O’Donnell (1998), Smulovitz e Peruzzotti (2000) propõem o conceito de *accountability* societal, relacionado ao controle permanente realizado pela sociedade civil sobre a formulação e, sobretudo, a execução de políticas públicas.

Segundo Campos (1990), a *accountability* governamental começou a ser entendida como questão de democracia, tendendo a acompanhar o avanço de valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação e representatividade. Para a autora, a necessidade do desenvolvimento de estruturas burocráticas para que o

⁶ No Brasil, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ainda vigente, que, entre outras providências, dispõe sobre a organização da Administração Federal, elege o controle como um dos princípios fundamentais da Administração Federal (BRASIL, 1967).

Estado cumpra suas funções vem acompanhada da necessidade de proteção aos direitos do cidadão contra usos e abusos do poder público. A ausência de controle efetivo e de penalidades aplicáveis ao serviço público enfraquece o ideal democrático, expondo os cidadãos aos riscos potenciais da burocracia. Nesse sentido, Lopez (2010) afirma que a questão que se apresenta tem relação com os mecanismos de conciliação das possíveis tensões entre burocracia e democracia, com reflexos nos processos de formulação e execução de políticas públicas que venham ao encontro das demandas e interesses da sociedade.

Não obstante ter abrigado forças políticas ideologicamente diversas e antagônicas, o processo que, no Brasil, culmina com a promulgação da CF/1988, resta por consagrar um projeto político democratizante, engendrado na luta de setores da sociedade brasileira contra o regime militar, e fundado na expansão da cidadania e na participação da sociedade civil. Nesse contexto, a emergência dos movimentos sociais traz à cena novos atores e sujeitos de direitos coletivos que reivindicam a sua legitimidade com vistas à efetiva participação e que “carregam consigo o anúncio de novos direitos que, no entanto, esbarram em antigas estruturas oligárquicas de poder conservadas no âmbito das instituições de Estado” (ESCRIVÃO FILHO; SOUZA JUNIOR, 2016).

Para Dagnino (2004), essa luta por direitos que caracteriza a organização dos movimentos sociais no Brasil a partir da década de 1980 contribui para a emergência de uma nova noção de cidadania que trabalha com uma redefinição da ideia de direitos e tem como ponto de partida a concepção de um direito a ter direitos. Essa nova cidadania não está limitada a provisões legais, ao acesso a direitos previamente definidos ou à efetiva implementação de direitos formais abstratos, mas, também, à invenção/criação de novos direitos que emergem de lutas específicas e de suas práticas concretas. Requer a constituição de sujeitos sociais ativos que pleiteiam não apenas o pertencimento ao sistema político, mas o direito à participação de sua definição, da invenção de uma nova sociedade. Esse pensamento se coaduna com o de Hanna Arendt para quem, segundo Lafer (1997), cidadania correspondia ao direito a ter direitos, pois, sem ela, não se trabalha a igualdade que requer o acesso ao espaço público, pois os direitos não são dados, mas construídos no âmbito de uma comunidade política.

Elemento central nesse contexto, a participação cidadã tem o potencial de se estabelecer como um importante complemento à democracia representativa. Para Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer, a noção de complementaridade implica uma articulação mais profunda entre as democracias representativa e participativa. Pressupõe o reconhecimento de que o procedimentalismo participativo⁷, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte dos processos de representação e deliberação verificados no modelo hegemônico de democracia liberal representativa que

apesar de globalmente triunfante, não garante mais que uma democracia de baixa intensidade baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e em uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. (SANTOS; AVRITZER, 2002, p.32)

Essa nova perspectiva é retratada pela Carta Iberoamericana de Participação Cidadã na Gestão Pública⁸, na qual a participação cidadã na gestão pública é vista como consubstancial à democracia, um processo de construção social das políticas públicas que, de acordo com o interesse geral da sociedade democrática, canaliza, dá resposta ou amplia os direitos econômicos, sociais, culturais, políticos e civis das pessoas, e os direitos das organizações ou grupos no âmbito dos quais essas pessoas se integram. (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS, 2009, p. 209).

No Brasil, o instituto da participação dos cidadãos na gestão pública se faz presente em vários dispositivos do texto constitucional, como nos casos: (i) do art. 29, XII ao prever a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; (ii) do art. 194, parágrafo único, VII, ao estatuir que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social com base no caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados; (iii) do art. 198, III, ao estabelecer que as ações e serviços públicos de saúde integram

⁷ O procedimentalismo participativo consiste em um processo de participação ampliada que compreende um extenso debate público sobre as regras da participação, da deliberação e da distribuição.

⁸ Aprovada no âmbito da XI Conferência Iberoamericana de Ministros de Administração Pública e Reforma do Estado, realizada em Lisboa, Portugal, nos dias 25 e 26 de Junho de 2009.

uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com a diretriz da participação da comunidade; (iv) do art. 204, que dispõe que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, além de outras fontes, e organizadas com base, entre outras diretrizes, na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (v) do art. 206, VI que estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio da gestão democrática do ensino público, na forma da lei; e (vi) do art. 227, § 1º ao dispor que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas.

Assim, como decorrência do processo de democratização brasileiro, diversas instâncias e mecanismos de participação social foram instituídos, com especial destaque para os conselhos gestores de políticas públicas. Estes podem ser entendidos como instâncias colegiadas, temáticas e permanentes, integrantes das estruturas governamentais, e instituídas por ato normativo, com representação do governo e da sociedade civil, voltadas à gestão das políticas públicas de suas respectivas áreas de atuação. Lüchmann, Almeida e Gimenes (2016) destacam, no entanto, que tais instâncias podem diferir substancialmente umas das outras em razão do perfil das organizações da sociedade civil que nelas atuam, da competência a elas atribuída (consultiva, deliberativa, fiscalizadora e/ou normativa), do equilíbrio entre a representação governamental e societal, dos recursos disponíveis, entre outras especificidades e diferenças. Atualmente presentes nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, no contexto de uma gestão pública descentralizada e participativa, os conselhos se tornaram obrigatórios em algumas áreas de políticas tais como saúde, assistência social, e criança e adolescente, condicionando o repasse de recursos à sua existência e funcionamento.

Impende observar, no entanto, que o processo de construção democrática, no Brasil, tem se dado sob a égide do que Dagnino (2004) denomina confluência perversa de dois projetos políticos distintos e em disputa. De um lado, tem-se um processo de alargamento da democracia, que se expressa na participação cidadã nos processos de

discussão e de tomada de decisão relacionados com as questões e políticas públicas. De outro, uma concepção liberal de democracia, caracterizada pela limitação da participação cidadã, individual ou coletiva, com vistas a não onerar demais o regime democrático com demandas sociais que pudessem colocar em risco a prioridade da acumulação sobre a redistribuição (SANTOS; AVRITZER, 2002). Nesse contexto, a participação cidadã na gestão das políticas públicas é susceptível a avanços e retrocessos.

Não obstante a importância das questões retroabordadas, o exercício da cidadania mediante participação e controle social pressupõe uma cultura de transparência e de acesso a informações públicas, assunto que será objeto de discussão na próxima seção do presente estudo.

2. TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO

A publicidade dos atos estatais é elemento indispensável aos Estados democráticos de Direito, restando imprescindível para a viabilização do controle social da *res publica*, para a proteção de direitos fundamentais, e para a moralidade e a eficiência administrativa. Mendes e Branco (2012) estatuem que o princípio da publicidade está associado ao direito de informação dos cidadãos, bem como ao dever de transparência do Estado, conectando-se, diretamente, ao princípio democrático, podendo ser apreendido a partir da perspectiva: (i) do direito à informação e do seu acesso, como garantia da participação e do controle social dos cidadãos, em conformidade com as disposições relacionadas no art. 5º da CF/1988; e (ii) da atuação da Administração Pública em sentido amplo, tal como expresso no art. 37, *caput*, da Carta de 1988. De acordo com Bobbio (2000b, p. 42):

a exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é.

Transparência e acesso à informação também se coadunam com o princípio fundamental da democracia, expresso no parágrafo único do art. 1º da CF/1988. Nesse contexto, destaca-se o voto vencedor do Ministro do STF Carlos Ayres Britto no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF⁹:

(...) Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apoia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (STF, 2008).

O direito à informação está inserido no âmbito normativo do direito à liberdade de expressão, devendo ser analisado sob os prismas dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Mendes e Branco (2012) destacam que o argumento humanista acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade da pessoa humana na medida em que a plenitude da formação da personalidade de um indivíduo pressupõe que este disponha de mecanismos para conhecer a realidade e suas diferentes interpretações, habilitando-o participar da vida social. O referido direito foi alçado por Bonavides (2013) a direito fundamental de 4ª geração, ao lado dos direitos à democracia e ao pluralismo político.

Segundo Oliveira e Lazari (2017), os direitos e garantias fundamentais tomam por base os Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente. Assim, a CF/1988 está arraigada no ideário dos Direitos Humanos. Nos termos do seu art. 4º, II, a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos. Ao mesmo tempo, o país se torna bastante receptivo ao processo de internacionalização de tais direitos. Nesse contexto, destaque para o § 3º do art. 5º que estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁹ STF, ADPF 130 MC, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27 de fevereiro de 2008.

No plano externo, o direito à informação está positivado em diversas normas de direito internacional, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, em seu art. 19, dispõe que todo o ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, direito este que inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras¹⁰ (UNIC RIO, 2009).

No âmbito da Declaração Interamericana de Princípios de Liberdades de Expressão, o Princípio 4 estabelece que o acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo e, nesse sentido, os Estados são obrigados a garantir o exercício desse direito (OEA, 2000).

Por fim, nos termos dos arts. 10 e 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o direito à informação representa uma importante arma no combate à corrupção:

Artigo 10

Informação pública

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, [...] adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...]. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas:

- a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública [...];

[...]

- c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.

Artigo 13

¹⁰ De forma similar, o direito de acesso à informação está positivado no art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a) e no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (BRASIL, 1992b)

Participação da Sociedade

1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas [...] para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público [...] na prevenção e na luta contra a corrupção [...]. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes:
 - a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões;
 - b) Garantir o acesso eficaz do público à informação [...];
 - c) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção [...] (BRASIL, 2006).

No âmbito do direito pátrio, tamanha a sua importância, a CF/1988 traz, em seu bojo, diversos dispositivos que asseguram o acesso à informação, como é o caso dos incisos XIV, XXXIII e LXXII do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[...]

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Destaque, ainda, para a Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de julho de 1998, que, ao alterar o § 3º do art. 37 da CF/1988, cria as condições para que a participação e o controle social se efetivem. Estabelece o aludido dispositivo constitucional, *in verbis*, que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (BRASIL, 1998).

No Brasil, a cultura da transparência na administração pública se materializa, em novembro de 2004, com a edição do Portal da Transparência do Governo Federal, que disponibiliza, aos cidadãos, informações precisas sobre a aplicação dos recursos públicos¹¹. Para que se tenha uma ideia de volume e da importância do referido portal, desde a sua criação até novembro de 2017 haviam sido realizados mais de 102 milhões de acessos a informações sobre transferências de recursos, gastos diretos do Governo Federal, execução orçamentária e financeira, receitas, convênios, remuneração de servidores entre outras¹². Ainda nesse contexto, a Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, altera a redação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)¹³ com vistas à promoção da transparência da gestão fiscal dos entes federados. Inova, pois, ao determinar, por meio do art. 48, II c/c art. 73-B, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios disponibilizem, para toda a sociedade, em tempo real e segundo meios

¹¹ Graças à Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, todos os demais entes federativos também estão obrigados disponibilizar informações pormenorizadas na internet sobre execução orçamentária e financeira.

¹² http://www.transparencia.gov.br/sobre/Estatisticas_visitacao/novembro-2017.xls.

¹³ Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

eletrônicos de acesso público, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira.

Ao regulamentar o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37, e no § 2º do art. 216 da CF/1988, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011¹⁴, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), se traduz em instrumento de importância singular para a consolidação do processo de democratização do Brasil. A LAI é uma lei nacional e, como regra geral, seus dispositivos devem ser observados por todos os entes federativos no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁵, bem como às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos para a realização de ações de interesse público.

Nos termos do art. 3º da referida norma, os procedimentos que nela são previstos se destinam a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, devendo ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: (i) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (ii) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações (transparência ativa); (iii) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; (iv) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; e (v) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Cunha Filho e Xavier (2014) destacam, ainda, outros princípios e regras característicos da LAI: (i) desmotivação do pedido, regra que dispõe sobre a desnecessidade de o cidadão apresentar a motivação para o pedido de acesso à informação; (ii) celeridade e facilidade de acesso, princípio que estabelece a obrigação do Estado em disponibilizar a informação solicitada de forma célere e completa; (iii) duplo grau de julgamento, regra segundo a qual o Estado deve, no âmbito administrativo, disponibilizar ao cidadão ao menos uma possibilidade de recurso frente a uma decisão denegatória de acesso à informação; (iv) universalidade, princípio segundo o qual todos têm o direito de receber informações do Estado; e (v) proteção aos denunciantes: princípio

¹⁴ A lei entrou em vigor somente em 16 de maio de 2012, tendo em vista o *vacatio legis* de 180 dias.

¹⁵ Cumpre observar, no entanto, que a lei traz dispositivos que se aplicam, exclusivamente, à administração pública federal; outros somente ao Executivo federal.

que objetiva proteger os indivíduos que trazem a público informações sobre atos ilícitos – os denunciantes.

O art. 7º dispõe que o acesso à informação de que trata a LAI compreende, entre outros, os direitos de obter: (i) orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; (ii) informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; (iii) informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; (iv) informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; (v) informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; (vi) informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; (vi) informação relativa à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; e (vii) informação concernente ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Nos termos do art. 9º, o acesso a informações públicas será assegurado por meio: (i) da criação de serviço de informações ao cidadão (SIC), nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para atender e orientar o público quanto ao acesso a informações, informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades e protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e (ii) da realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

O pedido de acesso à informação inaugura o procedimento administrativo no âmbito da LAI, estabelecendo os limites da pretensão do demandante. Segundo o art. 10 da lei, o pedido de acesso à informação deverá conter a identificação do demandante e a especificação da informação requerida. Realizado o pedido, o órgão ou entidade deverá se manifestar, franqueando o imediato acesso à informação demandada e disponível, ou

apontando as razões para a negativa de acesso. No contexto da negativa de acesso, destacam-se três hipóteses de restrição: (i) informações classificadas, consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado; (ii) informações restritas em razão de sigilo legal especial; e (iii) informações pessoais.

Não sendo possível conceder acesso imediato à informação disponível e não restrita, deverá fazê-lo no prazo de até 20 dias, que, no entanto, poderá ser prorrogado por mais 10 dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente.

Cumpra observar que o cidadão poderá interpor recursos contra decisões que, porventura, deneguem pedidos de acesso à informação, e, ainda, apresentar reclamação à autoridade de monitoramento da lei no âmbito do órgão ou entidade no caso de omissão de resposta a pedido de acesso. Nesse contexto, a lei, em seu art. 32, prevê a possibilidade de responsabilização do agente público em razão da prática de condutas ilícitas, entre as quais destacam-se: (i) a recusa ou demora no fornecimento da informação ou o seu fornecimento de forma correta, incompleta ou imprecisa quando este se dá de maneira intencional; (ii) a atuação com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; (iii) a imposição de sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; e (iv) a destruição ou subtração, por qualquer meio, de documentos concernentes a possíveis violações de Direitos Humanos por parte de agentes do Estado.

A LAI estabelece que os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso (art. 34).

Por fim, o art. 45 estabelece que cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em legislação própria, obedecidas as normas gerais estabelecidas na LAI, definir regras específicas, especialmente no que tange à estrutura de acesso às informações e sistema recursal. No âmbito do Executivo federal, a lei é regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, sendo que os pedidos de acesso à

informação são recebidos e tratados pelo e-SIC¹⁶. No Poder Judiciário, a regulação é feita por meio da Resolução CNJ nº 215, de 16 de dezembro de 2015. No que tange ao Poder Legislativo Federal, na Câmara dos Deputados, a regulação se faz por meio do Ato da Mesa 45/2012; no Senado, por meio do Ato da Comissão Diretora 9/2012.

Decorridos pouco mais de 13 anos do lançamento do Portal da Transparência e quase seis anos da entrada em vigor da LAI, impende reconhecer que houve avanços expressivos no âmbito da transparência e do acesso à informação no Brasil. Em relação à LAI, os avanços mais significativos se deram no âmbito do Poder Executivo Federal. Desde a entrada da lei em vigor, foram recebidos pelos cerca de seus 300 órgãos e entidades, 610.148 pedidos de informação, com um total de 914.905 perguntas feitas por 306.412 cidadãos¹⁷. Pedidos de informação foram originados de todas as unidades da Federação, bem como de outros países, por pessoas físicas de diferentes graus de escolaridade e jurídicas dos mais variados ramos de atividade.

No entanto, as maiores dificuldades na operacionalização da LAI se verificam no âmbito dos entes subnacionais, em especial, nos municípios, parte em decorrência da não regulamentação da lei – até mesmo em razão do disposto em seu art. 45 –, parte pelas dificuldades inerentes a uma mudança de uma cultura até então baseada no sigilo para uma cultura baseada no acesso, na transparência pública que promove a cidadania.

Tendo em vista o disposto no art. 41 da LAI, a CGU empreende um conjunto de ações com vistas ao enfrentamento desses problemas. Nesse contexto, a Portaria CGU nº 277, de 7 de fevereiro de 2013, institui o Programa Brasil Transparente, com o objetivo geral de apoiar estados e municípios na implementação da LAI, no incremento da transparência pública e na adoção de medidas de governo aberto. Nos termos do art. 2º da referida norma, o Programa tem como objetivos principais: (i) promover uma administração pública mais transparente e aberta à participação social; (ii) apoiar a adoção de medidas para a implementação da Lei de Acesso à Informação e outros diplomas legais

¹⁶ O Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação, acompanhe o prazo e receba a resposta da solicitação realizada para órgãos e entidades do Executivo federal, além de entrar com recursos e apresentar reclamações. A Portaria Interministerial CGU/MPOG nº 1.254/2015 instituiu a obrigatoriedade do uso do e-SIC no âmbito do Poder Executivo federal.

¹⁷ Período de contabilização: 16 de maio de 2012 a 30 de abril de 2018. Fonte: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

sobre transparência; (iii) conscientizar e capacitar servidores públicos para que atuem como agentes de mudança na implementação de uma cultura de acesso à informação; (iv) contribuir para o aprimoramento da gestão pública por meio da valorização da transparência, acesso à informação e participação cidadã; (v) promover o uso de novas tecnologias e soluções criativas e inovadoras para abertura de governos e o incremento da transparência e da participação social; (vi) disseminar a Lei de Acesso à Informação e estimular o seu uso pelos cidadãos; (vii) incentivar a publicação de dados em formato aberto na rede mundial de computadores - internet; e (viii) promover o intercâmbio de informações e experiências relevantes ao desenvolvimento e à promoção da transparência pública e acesso à informação. Decorridos pouco mais de cinco anos da publicação da portaria supramencionada, contabilizam-se 1.806 adesões voluntárias ao Programa, sendo 33% de municípios da Região Nordeste, 20% da Sul, 24% da Sudeste, 11% da Norte e 12% da Centro-Oeste¹⁸.

Objetivando medir a transparência pública em estados e municípios brasileiros, a CGU lança, em 2015, a Escala Brasil Transparente (EBT), um indicador para avaliar o grau de cumprimento dos dispositivos da LAI pelos entes subnacionais com o foco na modalidade de transparência passiva. Nessa modalidade, o órgão ou entidade é demandado pela sociedade a prestar informações que sejam de interesse geral ou coletivo, desde que não resguardadas por sigilo, tal como previsto no art. 10 da referida lei.

Em sua primeira edição (EBT 1.0), realizada entre os meses de janeiro e maio de 2015, foram avaliados 519 entes da Federação, quais sejam, os estados, o Distrito Federal (DF) e suas capitais, além de 465 municípios com até 50 mil habitantes. Na edição seguinte (EBT 2.0), realizada no mesmo ano, avaliou-se 1.614 entes federativos, compreendidos neste rol todos aqueles avaliados na edição anterior. Finalmente, a terceira edição da referida escala (EBT 3.0) contou com uma etapa de avaliação, realizada entre 27 de junho e 26 de agosto de 2016, seguida de duas etapas de revisão, abrangendo 2.355 entes federativos: os estados, o DF e suas respectivas capitais, além de 2.301 municípios.

Composta de 12 quesitos, a EBT permite atribuir a cada ente federado subnacional uma nota entre 0 e 10, cuja composição é 25% referente à regulamentação

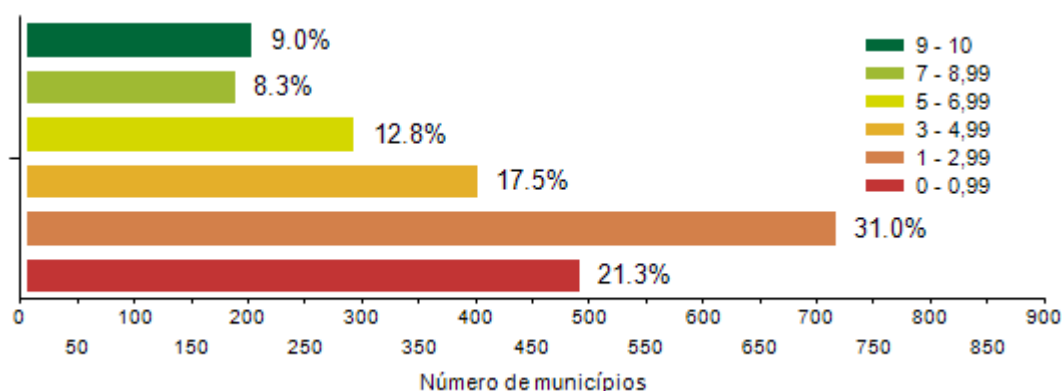
¹⁸ Dados de abril de 2018. Fonte: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

da LAI e 75% relacionada à efetividade da modalidade de transparência passiva, baseada na existência e atuação dos Serviços de Informação ao Cidadão – SIC. Assim, na implementação da escala, buscou-se realizar quatro pedidos de acesso à informação: três voltados para assuntos das principais áreas sociais (saúde, educação e assistência social) e um relacionado à regulamentação do acesso à informação pelo ente avaliado.

No que tange aos resultados auferidos no âmbito da EBT 3.0, verifica-se que, nos municípios, ainda há um longo caminho a percorrer no âmbito da transparência e do acesso à informação, já que, dos 2.328 municípios pesquisados, 69,8% obtiveram notas inferiores a 5,00 na referida escala, conforme apresentado na figura 1.

FIGURA 1

Panorama dos Municípios - EBT 3.0



Fonte: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

3. LÓCUS DE CONTROLE: POLÍTICAS MUNICIPAIS EM DIREITOS HUMANOS

Não obstante o conceito de Direitos Humanos ter natureza fluida e aberta, fruto de uma construção histórica e social de caráter progressivo, pode-se afirmar a sua relação com os direitos inerentes ao homem enquanto condição para a sua dignidade, não importando sua raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

constitui o marco principal para uma concepção contemporânea dos Direitos Humanos, baseada na universalidade, indivisibilidade e interdependência de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, essenciais para a plena realização da dignidade da pessoa humana. Assim, a Declaração de 1948 se torna inspiração para a elaboração de tratados internacionais e cartas constitucionais voltados à proteção dos Direitos Humanos por meio de normas cogentes ou programáticas que obrigam Estados nos planos externo e interno.

A relevância dessas questões se materializa na Carta Constitucional de 1988, na medida em que a dignidade da pessoa humana é alçada a princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º), e que os princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo devem reger suas relações no plano internacional (art. 4º). Ainda, entre os objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º, encontram-se a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais; além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O enunciado sistemático dos Direitos Humanos se encontra no Título II da Constituição, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo, entre outras questões, os direitos e deveres individuais e coletivos; e os direitos sociais.

Embora o Título II da Carta disponha sobre direitos e garantias fundamentais, este não pode ser considerado o único lócus sobre direitos fundamentais no texto constitucional, sendo que o rol de direitos nele apresentados é meramente exemplificativo. Ressalte-se, também, que o § 2º do art. 5º da CF/1988 estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Tal dispositivo revela que, no Brasil, adotou-se um sistema aberto de direitos fundamentais.

No entanto, não basta afirmar direitos – é preciso garanti-los e, sobretudo, efetivá-los. Nesse contexto, destacam-se as políticas públicas, instrumentos que orientam a ação governamental que produz reflexos na vida dos cidadãos. No Brasil, o principal mecanismo de exteriorização e planejamento da Política Nacional de Direitos Humanos

é o Programa Nacional de Direitos Humanos, atualmente em sua terceira versão (PNDH-3), instituído pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, e atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010. O Programa é o resultado de um processo democrático e participativo, que incorporou resoluções da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, além de propostas aprovadas em mais de 50 conferências temáticas em áreas como segurança alimentar, educação, saúde, habitação, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos e meio ambiente. Concebe a efetivação dos Direitos Humanos como política de Estado focada na dignidade humana e na criação de oportunidades para que todos, indistintamente, possam desenvolver seu potencial de forma livre, autônoma e plena. Nesse contexto, compartilham-se responsabilidades entre União, estados, municípios e Distrito Federal na execução de políticas públicas e na criação de espaços de participação e controle social com vistas ao respeito, proteção e efetivação dos Direitos Humanos.

A agenda de Direitos Humanos é complexa e multifacetada, “um campo que se constrói em contextos de fortes disputas entre atores com interesses diversos, em meio a dinâmicas políticas de avanços e retrocessos ou ameaças de retrocessos” (DELGADO *et al.*, 2016). Ainda, crises de naturezas econômica, política e institucional também podem representar entraves à efetivação de políticas públicas. No caso brasileiro, tais reflexos podem se fazer mais importantes no âmbito dos municípios, em razão da forte dependência que estes têm em relação aos demais entes federativos.

Assim, tendo em vista o atual momento do país, o estudo buscou investigar a condução das políticas públicas de Direitos Humanos no âmbito dos municípios e a participação da sociedade no contexto dos respectivos conselhos gestores. Importante ressaltar que, ao fazer uso das estruturas dos SICs municipais para a obtenção dessas informações, buscava-se atingir outro objetivo: avaliar a implementação da LAI nesses entes subnacionais.

Para tal, foram encaminhados pedidos de informação aos municípios selecionados, por meio de suas estruturas de e-SIC. As demandas versavam sobre informações relacionadas a:

1. Planos, programas e ações concernentes à defesa e à promoção dos Direitos Humanos em âmbito municipal.

- a. Para cada iniciativa, foram solicitados os dados sobre dotação e execução orçamentárias referentes aos anos de 2014 a 2017.
2. Fundo Municipal de Direitos Humanos.
 - a. Relação das receitas que o compõem
 - b. Dados sobre arrecadação e execução nos anos de 2014 a 2017
3. Atuação do Conselho Municipal de Direitos Humanos (ou similar).
 - a. Número de reuniões realizadas nos anos de 2014 a 2017.
 - b. Atas das três últimas reuniões do período 2014-2017.

A primeira dificuldade encontrada contexto da submissão de demandas no âmbito da LAI teve relação com o locus para a realização dos pedidos de informação nos sites internet de grande parte das prefeituras pesquisadas. Nesse contexto, ainda que as *homepages* de grande parte das prefeituras contenham *banners* e/ou *links* relacionados à LAI, a disposição de tais elementos na página se faz de maneira discreta, geralmente nos cantos superior ou inferior, e, muitas vezes, em tamanho reduzido.

Por outro lado, muitas prefeituras não disponibilizam qualquer informação sobre a LAI em suas *homepages*, mas em páginas internas de transparência pública. Exigências de confirmação de cadastramento e de unicidade de pedidos de informação sob pena de desconsideração do pleito também foram verificadas.

Tendo em vista que essas questões podem significar importantes entraves à submissão de pedidos de acesso a informações públicas, não há como não se cogitar a possibilidade da intencionalidade no sentido de se atender aos ditames da lei sem, no entanto, estimular o exercício direito de acesso às informações públicas, pelos cidadãos.

No caso de algumas prefeituras, restou inviabilizada a submissão de pedidos de informação, seja em razão de erros ocorridos no âmbito de seus e-SIC, seja em razão da completa inexistência de informações relacionadas à LAI em seus sítios na internet. Dessa forma, não foi possível submeter pedidos de informação aos municípios de Feira de Santana, Salvador, São Gonçalo e Sorocaba.

Excluídos os municípios supracitados, dá-se início a avaliação da efetividade dos demais municípios no que tange à modalidade de transparência passiva no contexto da LAI. Nesse aspecto, os resultados obtidos apontam que nos municípios de Ananindeua,

Boa Vista, Curitiba, Florianópolis, Goiânia, Manaus, Ribeirão Preto, Rio de Janeiro, Teresina e Uberlândia não houve resposta aos pedidos de informação interpostos, em clara ofensa ao art. 11 e, eventualmente, ao art. 32 da LAI, podendo, neste caso, suscitar a responsabilização do agente público envolvido. Nos municípios de Aracaju, Belo Horizonte, Campinas, Campo Grande, Cuiabá, Duque de Caxias, Guarulhos, Jaboatão dos Guararapes, Londrina, Macapá, Maceió, Natal, Nova Iguaçu, Osasco, Palmas, Porto Alegre, São Bernardo do Campo, São Paulo e Serra, embora tenha havido resposta, os prazos estabelecidos no art. 11 da lei foram descumpridos. Finalmente, os municípios de Aparecida de Goiânia, Belém, Brasília, Contagem, Fortaleza, João Pessoa, Juiz de Fora, Porto Velho, Recife, Rio Branco, Santo André, São Luís e Vitória cumpriram os ditames da lei no que tange a prazo, ainda que alguns tenham solicitado a prorrogação prevista no §2º do artigo supramencionado.

A tabela 1 sintetiza as informações sobre os municípios que não responderam, os que responderam com atraso e, por fim, os que responderam no prazo, neste grupo incluídos os municípios que solicitaram a prorrogação do prazo nos termos da lei.

TABELA 1. Municípios que não responderam e responderam com atraso e no prazo

Não respondeu	Respondeu com atraso	Respondeu no prazo
Ananindeua	Aracaju	Aparecida de Goiânia
Boa Vista	Belo Horizonte	Belém
Curitiba	Campinas	Brasília
Florianópolis	Campo Grande	Contagem
Goiânia	Cuiabá	Fortaleza
Manaus	Duque de Caxias	João Pessoa
Ribeirão Preto	Guarulhos	Juiz de Fora
Rio de Janeiro	Jaboatão dos Guararapes	Porto Velho
Teresina	Londrina	Recife
Uberlândia	Macapá	Rio Branco
	Maceió	Santo André
	Natal	São Luís
	Nova Iguaçu	Vitória
	Osasco	
	Palmas	
	Porto Alegre	
	São Bernardo do Campo	
	São Paulo	

	Serra	

Neste ponto, cumpre observar que o fato de o município responder a um pedido de informações por meio do e-SIC não significa que este, efetivamente, o tenha atendido, fornecendo as informações solicitadas. O já mencionado art. 11 da lei, em seu § 1º, incisos II e III, estabelece que não sendo possível conceder o acesso imediato à informação solicitada, o órgão ou entidade pública deverá: (i) indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou (ii) comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.

No entanto, muitas vezes, os mencionados preceitos não foram observados. Nesse contexto, os municípios de Duque de Caxias de Nova Iguaçu alegaram falta de condições para responderem aos quesitos formulados no pedido, sendo que, no caso de Duque de Caxias, o respondente solicita que o demandante envie um e-mail diretamente para o Secretário Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos para fins de obtenção das informações requeridas. Aracaju se manifestou alegando não dispor das informações solicitadas, algo que soa estranho, tendo em vista os quesitos apresentados. No caso de Aparecida de Goiânia, não foi possível acessar o anexo com a resposta em razão de falhas no sistema.

Em muitos casos, o município respondeu apenas parcialmente ao pedido, não se manifestando sobre um ou mais quesitos formulados, e não apresentando qualquer justificativa em relação ao conjunto de informações faltantes. A tabela 2 apresenta a relação dos municípios enquadrados nesta situação.

TABELA 2. Municípios que não responderam a todos os quesitos do pedido de informações

Quesito não respondido	Municípios
Dados sobre dotação e execução orçamentárias referentes a planos, programas e ações concernentes à defesa e à promoção dos direitos humanos, do período de 2014 a 2017.	Campo Grande, São Bernardo do Campo, Belém e São Luís
Informação sobre a existência de fundo municipal de Direitos Humanos, as receitas que o compõem e dados de arrecadação e execução nos anos de 2014 a 2017.	Londrina, Osasco, Palmas, São Bernardo do Campo, Belém e João Pessoa

Informação sobre a atuação do Conselho Municipal de Direitos Humanos (ou similar), incluindo o número de reuniões realizadas nos anos de 2014 a 2017 e atas das três últimas reuniões do referido período.

Belém

Impende ressaltar que, não obstante a LAI, em seu art. 15, preveja a possibilidade de interposição de recursos, tal prerrogativa não foi adotada, pois, buscava-se aferir a capacidade de os entes municipais responderem de plano, tempestiva e corretamente aos quesitos formulados.

Passando à análise do conteúdo das respostas, o primeiro quesito formulado buscava coletar informações sobre o planejamento e a execução de iniciativas em prol dos Direitos Humanos no âmbito dos municípios no quadriênio 2014-2017.

Em alguns municípios, a análise do primeiro quesito restou totalmente prejudicada:

- No caso de Fortaleza, a resposta obtida foi a de que o município havia instituído diversos projetos voltados para os mais variados públicos, tais como: população em situação de rua, pessoas com deficiência, idosos, mulheres, crianças e adolescentes. Alegando que o arquivo com tais informações seria muito grande, solicitou que fosse enviado e-mail para a Assessoria de Comunicação da Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Desenvolvimento Social, para fins de obtenção das informações.
- O município de Campo Grande, por sua vez, encaminhou informações sobre o Plano Plurianual (PPA) da Subsecretaria de Defesa dos Direitos Humanos para o período 2018-2021, período que não corresponde ao solicitado.
- O município de Belém fez remissão à Lei municipal nº 9.026/2013, que dispõe sobre o PPA para o período de 2014 a 2017. Não foram entregues informações sobre dotação e execução orçamentárias.
- A resposta obtida de Porto Alegre para este quesito foi a de que os planos, programas e ações concernentes à defesa e à promoção de Direitos Humanos no âmbito municipal estariam descritos no site da prefeitura e, principalmente, no caderno da V Conferência Municipal de Direitos Humanos de 2016. Não foram entregues informações sobre dotação e execução orçamentárias e não foi possível identificar as iniciativas em Direitos Humanos em nível municipal.
- O Município de Porto Velho remete ao Portal de Transparência para informações sobre o PPA 2014-2017, dotação e execução orçamentárias. No

entanto, não foi possível realizar a consulta, em razão de erros no sistema do referido portal.

- Palmas afirmou ter gasto R\$ 199.335,66 em políticas de Direitos Humanos no ano de 2017. Esta informação isolada não teve serventia aos propósitos do estudo.
- Contagem alegou não dispor das informações, sugerindo que estas fossem solicitadas à Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão.
- A Prefeitura de Serra só enviou os dados de execução orçamentária do ano de 2014, informação que, fornecida isoladamente, não teve serventia aos propósitos do estudo.
- O arquivo com as informações sobre dotação e execução orçamentárias recebido do Município de Campinas estava corrompido.
- No que tange a Guarulhos, a resposta obtida de inexistência da informação solicitada. A justificativa apresentada foi a de que Secretaria de Assuntos Difusos teria sido criada pela Lei Municipal nº 7.550 em abril de 2017, e, por esta razão, seus programas só constariam no PPA 2018-2021.
- Londrina apresentou relatórios de despesa de órgãos supostamente ligados à questão dos Direitos Humanos no município. No entanto, não se depreende, pela leitura das demonstrações, a associação entre despesas e planos, programas ou ações de Direitos Humanos.
- O Município de Cuiabá informou não possuir informações sobre planos, programas ou ações de Direitos Humanos.

Em alguns casos, só foram encaminhadas informações orçamentárias, o que não permite verificar se os recursos foram, efetivamente, gastos na execução das políticas públicas de Direitos Humanos. Ainda assim, a simples análise do orçamento dos programas pode sinalizar a atribuição de menor ou maior prioridade de um ano para o outro. Nos casos em que foram enviadas informações de orçamento e execução, foi possível analisar eventuais discrepâncias entre o que foi orçado e executado no âmbito dos respectivos municípios. Como destaques, têm-se as seguintes situações:

- Em Belo Horizonte, verificou-se uma diminuição significativa nos recursos executados no âmbito da ação “Educação Política em Direitos Humanos e Cidadania - Sensibilização de Agentes Públicos e Sociedade Civil” ao longo dos anos de 2014 a 2017. O mesmo foi constatado com a ação “Promoção de Ações Afirmativas dos Movimentos Sociais - Ações

Afirmativas BH Cidadã: sem homofobia”, com execução de R\$ 53.800,00 em 2014 e de apenas R\$ 2.300,00 em 2017.

- Em Rio Branco, chama à atenção as anulações de créditos orçamentários, reduzindo, significativamente, as dotações orçamentárias finais. Ainda assim, o grau de inexecução ou execução parcial é elevado. Como exemplo, a ação “Capacitação para a Cidadania LGBT” só foi executada em 2014, sendo que não havia dotação para os anos de 2015 e 2016. Não houve execução no âmbito do Programa de Orientação aos Egressos do Sistema Prisional, ainda que houvesse recursos orçados nos anos de 2014 e 2015.
- Em Maceió, a dotação orçamentária para os programas de manutenção e funcionamento dos conselhos municipais do idoso, da pessoa com deficiência e da condição feminina é bem menor nos anos de 2016 e 2017 quando comparada com 2014 e 2015. O mesmo acontece com as ações “Promoção de Direitos humanos e Cidadania” e “Formação Continuada em Direitos Humanos”, sendo que, neste último caso, não houve execução em 2015 e 2016.
- Em Macapá, destaca-se a queda significativa e progressiva na dotação orçamentária concernente à manutenção administrativa dos conselhos tutelares entre os anos de 2014 e 2017.
- Em Brasília, a inexecução de ações e programas foi significativa. Mesmo com recursos orçamentários, não houve execução no âmbito da ação de assistência ao idoso. Embora houvesse recursos orçamentários para capacitação nos anos de 2016 e 2017, não houve execução. Por fim, na ação de Promoção de Igualdade Racial, apenas 23% dos recursos foram executados em 2016. Nos anos de 2015 e 2017, ainda que houvesse dotação, não houve execução.
- Em Vitória, não há quebra no padrão das dotações orçamentárias no período de 2014-2017. Destaque para o volume das dotações para os programas de atenção ao idoso e de juventude. O mesmo ocorre em João Pessoa, onde o destaque é a dotação orçamentária para a política de atendimento à criança e ao adolescente.
- Em São Paulo, o destaque é a baixa execução ao longo dos anos, sobretudo em 2017, nas ações de educação em Direitos Humanos e nas ações permanentes de inclusão da pessoa idosa, de integração e promoção social e econômica da população em situação de rua, e da Coordenação de Políticas para Crianças e Adolescentes.
- No Município de Santo André, o destaque é a baixa execução no âmbito da Secretaria de Humanidades, em torno de 60% do que havia sido orçado.

- Em Osasco, não houve execução na ação de Promoção da Igualdade Racial, de Gênero e outras diversidades durante os anos de 2016 e 2017. Também não houve execução no âmbito da ação de assistência ao idoso em 2017.

O segundo quesito diz respeito à existência, nos entes federativos pesquisados, de fundo municipal de Direitos Humanos, bem como à relação das receitas que o compõem, e aos dados de arrecadação e execução nos anos de 2014 e 2017.

Nos termos do arts. 71 a 74 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. A aplicação das receitas vinculadas ao fundo deverá ser feita por meio de dotação na lei de orçamento ou em créditos adicionais, e os saldos positivos do fundo, apurados em balanço, deverão ser transferidos para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo, salvo disposição em contrário na lei de sua criação. Esta lei poderá determinar as normas de controle, prestação e tomada de contas, desde que não contrarie a legislação vigente. Assim, o fundo municipal de Direitos Humanos, criado por lei, objetiva receber os recursos destinados à execução da política municipal de Direitos Humanos formulada pelo conselho municipal de Direitos Humanos. Além do aspecto de vinculação às políticas de Direitos Humanos, a existência de um fundo facilita sobremaneira o controle social, na medida em que possibilita acompanhar a origem e a aplicação dos recursos.

Entre os municípios pesquisados, somente Recife e Natal possuem fundo municipal de Direitos Humanos, entretanto, sem receitas no período 2014-2017. Impende observar que o Município de Serra relatou a existência de proposta de revisão da lei que instituiu o Conselho Municipal dos Direitos Humanos, no sentido de instituir o fundo municipal de Direitos Humanos, que será gerido pela Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania e pelo referido Conselho. A proposta, já aprovada e com parecer favorável da Procuradoria Geral do Município, seguirá, em breve, para a Câmara Municipal de Serra. Por fim, registre-se que, a despeito de não possuírem um fundo específico de Direitos Humanos, os municípios de Macapá, São Paulo, Contagem,

Fortaleza, Porto Velho e Rio Branco sinalizaram a existência de ao menos um fundo de direitos (crianças e adolescentes, e idosos).

O terceiro e último quesito tem relação com a existência e atuação de conselho municipal dos Direitos Humanos (ou similar) no período de 2014 a 2017. Entre os respondentes, Brasília, Porto Alegre, Vitória, Campinas, Campo Grande, Jaboatão dos Guararapes, João Pessoa, Serra e Recife manifestaram a existência de conselho municipal de Direitos Humanos. Nos municípios de Natal, São Luís, Palmas e Rio Branco há projetos em curso com vistas à criação do referido conselho no âmbito daqueles entes. Conquanto somente uma pequena parcela dos municípios tenha se manifestado quanto à existência de conselhos de Direitos Humanos, em boa parte dos entes pesquisados há conselhos voltados a grupos específicos tais como mulheres, criança e adolescente, pessoas com deficiência, idosos, população LGBT, entre outros, em pleno funcionamento.

No que tange ao funcionamento dos conselhos afetos à questão dos Direitos Humanos, embora poucos municípios tenham encaminhado informações sobre as reuniões realizadas no período 2014-2017, não há, no geral, elementos que possam caracterizar paralisia em suas atividades, inibindo a participação social na gestão das políticas públicas em Direitos Humanos. Como exceções, poder-se-ia destacar os conselhos municipais de Direitos Humanos de Jaboatão dos Guararapes, inativo desde 2015, e de Porto Alegre, sem reuniões entre os anos de 2014 e 2017, neste último por falta de quórum. A tabela 3 apresenta síntese das informações sobre o funcionamento dos conselhos afetos à questão dos Direitos Humanos.

TABELA 3. Atuação dos conselhos municipais na questão dos Direitos Humanos.

Município	Nome	Composição / Caráter do Conselho	Reuniões
Brasília	Conselho Distrital de Promoção e Defesa dos Direitos Humano (1996)	Paritário / Deliberativo e fiscalizador	2014: 7 ordinárias; 1 extraordinária 2015: 10 ordinárias; 2 extraordinárias 2016: 6 ordinárias; 4 extraordinárias 2017: 10 ordinárias; 2 extraordinária
Porto Alegre	Conselho Municipal de Direitos Humanos (1994)	Paritário / Consultivo, deliberativo, normativo e fiscalizador	Não houve reuniões no ano de 2014, 2015, 2016 e, no ano de 2017 houve uma reunião no dia 06 de dezembro sem quórum.

Município	Nome	Composição / Caráter do Conselho	Reuniões
Vitória	Conselho Municipal de Direitos Humanos (2006)	Paritário / Deliberativo e fiscalizador	2014: 11 reuniões ordinárias 2015: 11 reuniões ordinárias 2016: 11 reuniões ordinárias; 1 extraordinária 2017: 11 reuniões ordinárias; 1 extraordinária
Jaboatão dos Guararapes	Conselho Municipal de Direitos Humanos (2005)	Paritário / Deliberativo	Funcionou plenamente até o final de 2015, quando foi dada ênfase aos conselhos setoriais. Não foi fornecido o número de reuniões nos anos de 2014 e 2015.
Serra	Conselho Municipal de Direitos Humanos (2015)	Paritário / Normativo, deliberativo e fiscalizador	2016: não houve atividades 2017: 9 reuniões ordinárias, 1 extraordinária
Recife	Conselho Municipal de Direitos Humanos e Segurança Cidadã (2001)	Paritário / Deliberativo e fiscalizador	2016 a 2017: 14 reuniões
São Paulo	Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (1991)	Paritário / Deliberativo e fiscalizador	2014: 5 reuniões 2015: 6 reuniões 2016: 15 reuniões 2017: 11 reuniões
São Paulo	Conselho Municipal dos Direitos da Juventude (2008)	Paritário / Consultivo e fiscalizador	2016: 3 reuniões
São Paulo	Conselho Municipal de Políticas LGBT (2005)	Paritário / Normativo e fiscalizador	2014: 9 reuniões 2015: 3 reuniões 2016: 4 reuniões 2017: 3 reuniões
Londrina	Conselho Municipal de Assistência Social	Paritário / Normativo, deliberativo e fiscalizador	2014: 23 reuniões ordinárias; 4 extraordinárias 2015: 17 reuniões ordinárias; 3 extraordinárias 2016: 22 reuniões ordinárias; 7 extraordinárias 2017: 19 reuniões ordinárias; 7 extraordinárias
João Pessoa	Conselho Municipal de Assistência Social	Paritário / Deliberativo e fiscalizador	2017: 15 reuniões

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante os problemas com a amostra no que tange à participação e à qualidade das informações encaminhadas, o estudo mostra que, em muitas prefeituras,

houve decréscimo nas dotações orçamentárias de ações e programas relacionados aos Direitos Humanos e, na grande maioria dos municípios, execução aquém das respectivas dotações ou, em muitos casos, inexecução total, talvez, reflexos da recente crise brasileira e de eventuais escolhas do gestor diante de cenários de grande restrição econômico-financeira.

Fundos específicos de Direitos Humanos ainda são raros no âmbito dos municípios, a despeito dos benefícios associados à vinculação dos recursos e ao controle social. Quando aos conselhos de Direitos Humanos, os resultados são mais alvissareiros, não apenas pelo fato de terem sido instituídos em um número maior de municípios, mas pelo fato de que muitos sinalizaram processos em curso com vistas à sua instituição. Ainda assim, espera-se um aumento nessas instâncias de modo a viabilizar a participação da sociedade na gestão das políticas públicas. Nesse contexto, cumpre destacar a ação que compete ao Ministério dos Direitos Humanos no PNDH-3 no sentido de fomentar a criação e o fortalecimento dos conselhos de Direitos Humanos em todos os Estados e Municípios e no Distrito Federal, bem como a criação de programas estaduais de Direitos Humanos.

Diante do exposto, não há dúvidas de que o Brasil obteve avanços expressivos na promoção do direito fundamental à informação, sobretudo após a entrada em vigor da LAI. No entanto, a mudança cultural que envolve transformar o sigilo, antes regra, em exceção não se faz da noite para o dia, tampouco se esgota no processo legiferante. Nesse contexto, os problemas verificados quanto ao cumprimento da lei pelos municípios pesquisados, relacionados, à ausência de resposta, às respostas incompletas ou incompatíveis com os pedidos, ao descumprimento de prazos e à falta de articulação entre os órgãos do mesmo ente federativo sugerem haver um longo caminho a ser percorrido no âmbito dos 5.570 municípios brasileiros. Caminho tão ou mais longo é aquele relacionado às políticas públicas em Direitos Humanos e à participação social nesses contextos. Até lá, compromete-se, significativamente, o exercício da cidadania por meio da participação e do controle social da *res publica*, bem como a efetivação dos Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000a.

_____. **O futuro da democracia**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000b.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 106-E, 5 jun. 1998. Seção 1, p. 1.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em 12 mai. 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Brasília: Presidência da República, 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.** Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Congresso Nacional, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014.** Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Congresso Nacional, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 5 jul. 2017.

CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: quando podemos traduzi-la para o português? **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CNJ. **Resolução CNJ nº 215, de 2015.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3062>>. Acesso em 12 mai. 2018.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vitor César Silva. **Lei de Acesso à Informação**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DAGNINO, Evelina. ¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (Coord.) *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, pp. 95-110, 2004.

DELGADO, Ana Luiza de Menezes *et al.* **Gestão de Políticas Públicas de Direitos Humanos**: coletânea. Brasília: ENAP, 2016.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. In: DELGADO, Ana Luiza de Menezes *et. al* (Orgs.). **Gestão de Políticas Públicas de Direitos Humanos**: coletânea. Brasília: ENAP, 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed . São Paulo: Atlas, 2002.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**. v.11, n.30, pp. 55-65, 1997.

LOPEZ, Felix Garcia. *Accountability* e controle social na administração pública federal. In: SÁ E SILVA, Fabio de; LOPEZ, Felix Garcia; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Estado, instituições e democracia: democracia**. Livro 9. v. 2. Brasília: Ipea, 2010.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn; ALMEIDA, Carla; GIMENES, Éder Rodrigo. Gênero e Representação Política nos Conselhos Gestores no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. v. 59, n. 3, pp. 789-822. Rio de Janeiro: IESP/UERJ, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal e novas poliarquias**. Lua Nova: São Paulo, n. 44, 1998.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Washington: Organização dos Estados Americanos, 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 5 de jun. 2017.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos: volume único**. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS. *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, n. 45, out. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Democratizar a Democracia:** os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. *Societal accountability in Latin America*. **Journal of Democracy**, Washington, D.C., v. 11, n. 4, Oct. 2000.

STF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF n. 130 MC/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 27 de fevereiro de 2008.
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>. Acesso em: 17 nov. 2016.

UNIC RIO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de janeiro de 1948**. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 12 mai. 2018.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ABORTO NO ÂMBITO DO DIREITO COMPARADO

Uma análise sobre a constituição dos países que regulamentaram a autorização do aborto e os seus efeitos

CONSTITUTIONALIZATION OF ABORTION UNDER COMPARED LAW

An analysis of the constitution of countries that regulated abortion authorization and its effects

Beatriz Campos Melo

Resumo: O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar a legislação e a realidade dos países que autorizam o aborto em detrimento dos que não autorizam, ou autorizam em algumas circunstâncias, realizando assim um estudo comparado das constituições. Aborda ainda questões relacionadas aos direitos do nascituro e da gestante.

Palavras-chave: Aborto. Direitos do nascituro. Direitos da gestante. Constituições. Direito Comparado.

Abstract: The present academic work was developed with the objective of analyzing the legislation and the reality of the countries that authorize abortion to the detriment of those who do not authorize or authorize in some circumstances, thus carrying out a comparative study of the constitutions. It also addresses issues related to the rights of the unborn and the pregnant.

Keywords: Abortion. Law of the unborn child. Law of the pregnant woman. Constitutions. Comparative law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda tema internacional, uma vez que no mundo inteiro, a questão do tratamento jurídico dado ao aborto gera grandes discussões, colocando muitas vezes em oposição os defensores dos direitos do nascituro e os defensores da liberdade e direitos da gestante. Os argumentos do debate são variados não se limitando apenas ao campo jurídico, tangenciam questões de políticas públicas, religiosas e morais. E por isso há consolidação de normas bem diferentes uma das outras ao redor do mundo, já que em

alguns países certos argumentos pesam mais que outros. Atualmente o aborto é uma prática legalizada em 63 países do mundo¹.

Os países que autorizam o aborto por escolha materna o permitem sob a justificativa no grande número de morte de mulheres que o praticam clandestinamente, invocam também a laicidade do Estado e a ideia de que até a 20ª semana de gestação, o feto não possui viabilidade de viver extraútero, logo ele pertence ao corpo da mulher dentro desse prazo, devendo, portanto prevalecer à soberania feminina para decidir o que fazer com o seu próprio corpo.

Diante disso, os capítulos do presente artigo se dividem em abordar a questão do aborto no Brasil, bem como em outros três países.

Na segunda parte apresentam-se as razões públicas e, por fim, aborda a contraposição entre os direitos do nascituro e os direitos da gestante.

1 ABORTO E AS CONSTITUIÇÕES

O ponto de partida deve ser a análise da consequência da legalização ou não do aborto pelo ordenamento jurídico pátrio. Sabe-se que os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos, uma vez que empiricamente comprovado, a mulher que está determinada a fazer o aborto não vai deixar de praticá-lo em razão de proibição legal.

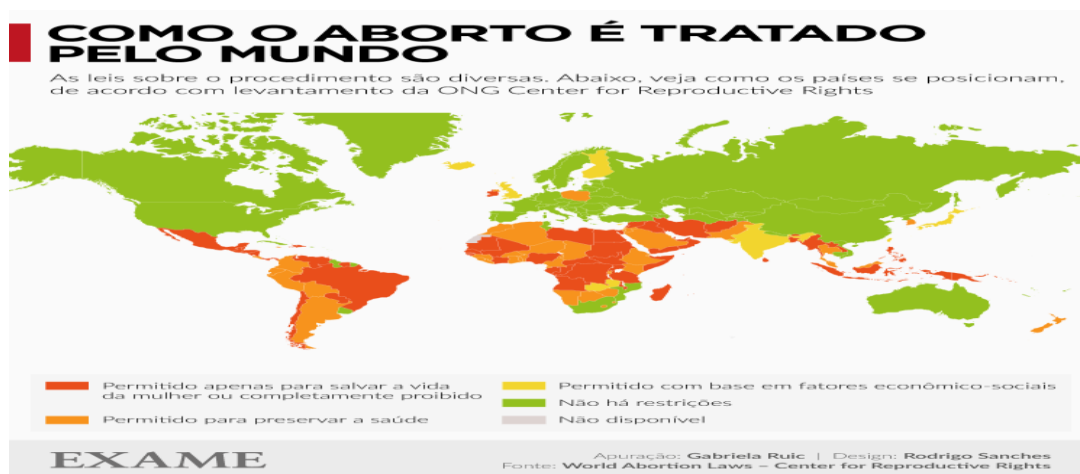
Por isso, parece oportuna a discussão sobre o tema, principalmente com o surgimento do movimento feminista que estuda a viabilidade da constitucionalização do aborto, essa nova realidade possibilita a discussão da ideia que é fruto da cristalização de novos valores, de uma nova visão da mulher, com o reconhecimento da igualdade de gênero e o fim da perspectiva da mulher com a finalidade única de reprodução.

¹ GALVÃO, Patrícia. **Os 15 primeiros países que legalizaram o aborto**. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/os-15-primeiros-paises-que-legalizaram-o-aborto/><https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/os-15-primeiros-paises-que-legalizaram-o-aborto/>

Dito isso, percebe-se que há um novo cenário axiológico, no qual os ideais são mais liberais e igualitários, livres das amarras sociais que prevaleciam no contexto em que a legislação repressiva foi editada e hoje é questionada².

Hodiernamente é muito difícil falar em interrupção voluntária da gravidez sem pensar na autonomia reprodutiva feminina, questão completamente irrelevante na década de 40 devido à composição social patriarcal e machista existente. Não que essa autonomia seja absoluta, mas também não pode ser totalmente negligenciada como foi, outrora.

Com esse avanço social, o processo de empoderamento e emancipação das mulheres, bem como a laicização do Estado, em meados da década de 60 iniciou-se uma tendência a legalização do aborto, e por isso inúmeros Estados modificaram suas legislações acerca do assunto, análise que será feita no tópico seguinte. Fato é que o aborto já é legalizado na maior parte do mundo como pode ser observado pelo seguinte gráfico:



Fonte: <https://exame.abril.com.br/mundo/como-o-aborto-e-tratado-pelo-mundo/> Acesso: 27/05/2019

1.1 O aborto sob a perspectiva constitucional brasileira

² Cf. BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004; e GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992.

Para se entender a garantia de certos direitos em prol da dignidade da pessoa humana, que privilegia a proteção e a conseguinte efetivação dos direitos fundamentais, é necessário que se faça antes a delimitação dos contornos desses direitos fundamentais, os quais evoluíram até chegar ao atual texto da Constituição, que instituiu um Estado Democrático de Direito no país.

Nesse sentido, se dá o conceito dos direitos fundamentais para Magalhães,³ que os define “como direitos históricos que são frutos da construção humana, dos embates e lutas por direitos em diversas sociedades”.

Acontece que o Brasil vive na era da constitucionalização, ou seja, o modelo constitucional adotado prevê inúmeros direitos fundamentais, como dito por Barroso⁴ e Gilmar Mendes⁵.

Esse fenômeno expressa a ideia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir dos valores constitucionais, funcionando como um verdadeiro filtro constitucional⁶. Imperativo que decorre da supremacia formal e material que a constituição possui em face da legislação infracosntitucional.

No caso brasileiro, com a Constituição de 1988 esse fenômeno é latente, tendo essa Carta como característica principal a preocupação com os direitos humanos, prova disso é a ordem da estrutura textual. Ademais, concedeu aos direitos aplicabilidade imediata (artigo 5º,§1º) e os protegeu do legislador/ constituinte derivado (artigo 60, §4º).

Diante disso, percebe-se que no Brasil o norte para o debate da questão do aborto deve ser buscado na Constituição, mesmo sendo uma Democracia, modelo no qual

³ MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3.ed. atual. São Paulo: Método, 2008, p.10.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

⁶ Cf. CLEVE. Clemerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**. In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT. 1995. pp. 34-55; SCHIER. Paulo Ricardo. Filtragem CO/Institucional. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris. 1999.

existe um espaço garantido ao legislador, como representante do povo, para decidir sobre questões polêmicas, tais como o aborto, ocorre que esse espaço não é ilimitado, deve ter sempre como base a pauta axiológica estabelecida pela Constituição.

Esses limites constitucionais no caso em análise são os direitos fundamentais do feto e os direitos da mulher gestante, tais como a liberdade e a igualdade.

Ao debater a questão do aborto tem que tratar da proteção constitucional brasileira dada a vida intra-uterina, proteção constitucional à vida do nascituro.

Como prevê o artigo 2º do Código Civil: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Trata-se da Teoria Natalista.

Nesse âmbito, a tese aqui defendida será na mesma linha de defesa do Casabona⁷, no sentido de que a vida humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade consideravelmente menor do que a vida de alguém já nascido, bem como de que vai aumentando ao passo que a vida do embrião se desenvolve e adquire viabilidade de viver fora do útero. Por isso, o tempo de gestação é um fator de extrema relevância no debate.

Prova disso é a pena dada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a gestante que pratica o aborto, em detrimento da pena do homicídio, por exemplo.

Em relação à proteção aos direitos da gestante, pode-se dizer que a criminalização tal como está preceituada atualmente na legislação penal, a qual permite o aborto em apenas três hipóteses: se não há outro meio de salvar a vida da gestante, se a gravidez é resultado de estupro ou se o feto é anencéfalo (resultado do julgamento da

⁷ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

ADPF 54), gera uma lesão coletiva ao direito à saúde de mulheres em idade fértil, em razão das regras repressivas em vigor que as fazem buscar clínicas clandestinas para realizarem o aborto.

Como dito anteriormente, essas normas tem eficácia preventiva mínima, em regra a mulher que deseja abortar, vai abordar independentemente da existência de regras repressivas. O que leva centenas de mulheres aos procedimentos clandestinos, sem a mínima condição de higiene e segurança, principalmente as mais pobres, sendo uma das principais causas de morte materna. E é por isso que o aborto é considerado um problema de saúde pública no Brasil, prova disso é o quantitativo de um milhão⁸ de abortos realizados em média por ano no país.

O aborto no Brasil além de ser um problema de saúde pública é um problema para a saúde pública, uma vez que as consequências dos abortos clandestinos como os custos financeiros, sociais, emocionais e físicos das internações hospitalares de mulheres poderiam ser evitados ou ao menos minimizados se a prevenção da gravidez indesejada estivesse acessível a todos, por aqui se percebe que já há uma desigualdade social de informação, a proibição do aborto configura uma dupla punição as mulheres mais pobres, não pelo filho em si, mas pela falta de condição de proporcionar-lhe uma vida digna, violando assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Pode-se constatar então que a proibição do aborto da forma como está no ordenamento jurídico brasileiro não salva a vida do nascituro, mas sim mata muitas mulheres e deixa várias com sequelas dos procedimentos clandestinos.

1.2 O aborto nos Estados Unidos

⁸ Vieira EM, Cordeiro LD, Monteiro RA. **A mulher em idade fértil no Brasil: evolução da mortalidade e da internação por aborto.** In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Saúde Brasil 2007: uma análise da situação de saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2008. p. 143-82.

Os Estados Unidos tem como marca os vários precedentes e julgados de embates emblemáticos sobre o tema do aborto, atualmente, mais precisamente no dia vinte e um de maio do presente ano teve uma nova manifestação na porta da Suprema Corte com a presença de ativistas pro e contra aborto⁹.

O principal julgado foi o caso *Roe vs. Wade*¹⁰ de 1973, no qual o direito à privacidade reconhecida em outro julgado de 1965, *Griswold vs. Connecticut* envolvia o direito de a gestante decidir sobre a continuidade ou não da gravidez. Foi com base nessa orientação que a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da lei do estado do Texas que criminalizava a prática do aborto. Destaca-se o seguinte trecho da decisão proferida pelo juiz Harry Blackmun:

O direito de privacidade é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. **A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz.** O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à **criança indesejada** e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos...¹¹ (Grifo meu)

Nesse julgamento a Suprema Corte Americana definiu os critérios que deveriam ser adotados pelos legisladores na hora de tratarem sobre o aborto. Ficando definido da seguinte forma: no primeiro trimestre da gravidez, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante orientada por seu médico. No segundo trimestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito

⁹ **Entenda o avanço das leis contra o aborto nos Estados Unidos.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/24/entenda-o-avanco-de-leis-contr-o-aborto-nos-estados-unidos.ghtml>

¹⁰ 410 U.S. 113,93 S.Ct. 705 (1973).

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43619/44696>

visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gravidez, momento no qual já possui condições de vida extra-uterina, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe.

Essa decisão foi alvo de várias críticas, sendo a principal a impossibilidade de um tribunal, que não possui a legitimidade popular, derrogar lei sobre assunto tão polêmico e ainda criar novos parâmetros, atuando como um legislador.

Posteriormente a Corte alterou o entendimento, proibindo o aborto em algumas hipóteses de possibilidade de vida extra-uterina antes no terceiro trimestre, no julgamento do caso *Planned Parenthood vs. Casey*¹².

Outro julgado americano de grande repercussão foi *Harris vs. McRae*¹³ uma vez que consolidou entendimento no sentido de que o Estado não é obrigado a realizar o aborto e nem arcar com os respectivos custos, mesmo em casos de mulheres com menor poder aquisitivo, isso porque a ideia de direitos fundamentais deles é diferente da nossa. Nos EUA esses direitos recebem a leitura de “direitos de defesa contra o Estado”, diferente de nós que cobramos prestações positivas.

Importante ressaltar que até hoje se mantém em vigor essas decisões, mesmo após sucessivos governos republicanos e com as constantes manifestações dos movimentos “pro-life”.

Diante disso, consegue-se perceber que mesmo com posicionamento contrários na sociedade os Estados Unidos já tem um posicionamento da Suprema Corte que prioriza a soberania materna, diferentemente do ordenamento brasileiro.

1.3 O aborto na Irlanda

Irlanda, país de maioria católica, aprovou no dia vinte e cinco de maio do ano passado através de um referendo a legalização do aborto, 66,4% da população votou

¹² *Planned Parenthood of Central Missol/ri v. Danforth*. 428 U.S.52. (1976).

¹³ 448 U.S. 297 (1980).

“sim” para revogar a emenda constitucional nº8/83 que proibia tal interrupção, inclusive em casos de incesto, estupro e malformação do feto, permitindo somente em caso de risco para a saúde materna, por uma alteração feita em 1992.

Ano em que um caso que envolvia o país foi levado a Corte Européia de Direitos Humanos¹⁴, posto que uma garota de quatorze anos engravidou depois de ter sido estuprada e passou a ter pensamentos suicidas devido a gravidez¹⁵ e a época a legislação vigente proibia o aborto inclusive nos casos oriundos de estupro.

Essa data ficará para história, posto que se trata de um país com raízes históricas muito profundas no catolicismo e que possuía uma das legislações mais rígidas da Europa sobre o tema. Agora, o aborto passa a ser permitido de forma irrestrita em solo irlandês até a 12ª semana de gestação, e em caso de risco para a saúde da mulher e anormalidade fetal até a 23ª semana.

O primeiro ministro Taoiseach Leo Varadkar se manifestou em sua rede social (Twitter) sobre o resultado do referendo "Fantástica multidão no Castelo de Dublin. Dia memorável. Uma revolução silenciosa aconteceu, um grande ato democrático".

1.4 O aborto em El Salvador

Em El Salvador a prática de aborto é totalmente criminalizada até nos casos de estupro, risco à saúde da mãe e malformação fetal.

Diferentemente da evolução da Irlanda, El Salvador mantém as regras rígidas e inflexíveis como no caso da Teodora¹⁶ que foi condenada a prisão por dez anos por ter sofrido um aborto espontâneo, sendo a gestão fruto de um estupro sofrido. São vários os casos de mulheres presas por aborto espontâneo no país.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf

¹⁵ **Com maioria católica, Irlanda vai às urnas decidir se legalizará o aborto**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/com-maioria-catolica-irlanda-vai-as-urnas-para-decidir-se-legalizara-aborto-22716682>

¹⁶ MARTINS, Manuela. **A luta pelo direito ao aborto em El Salvador; prática é ilegal em casos de estupro**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/27/a-luta-pelo-direito-ao-aborto-em-el-salvador-pratica-e-ilegal-em-casos-de-estupro/>

Essa realidade é proveniente da força da Igreja Católica que condena inclusive o uso de métodos contraceptivos, além da educação sexual nas escolas ser tratada como tabu pela sociedade salvadorenha.

As mudanças legislativas ficam inviáveis uma vez que o Poder Legislativo é formado por conservadores, o presidente Sánchez, no governo de 2014, propôs uma reforma para permitir o aborto em dois casos: gestação resultante de estupro e risco à saúde da mãe, mas o projeto não prosperou.

O movimento feminista na região luta pela legalização do aborto em quatro situações: quando a vida e a saúde da mulher correm perigo, quando a gravidez é fruto de uma violação sexual ou tráfico de pessoas, em casos de má formação do feto e em casos de pedofilia.

Acontece que a questão religiosa conservadora é muito arraigada no país, o que reduz os movimentos feministas e dão apoio popular aos movimentos “pró-vida”.

Há um comportamento contraditório no país, ao mesmo tempo em que há essa preocupação com a proteção do feto, “da via intrauterina”, El Salvador possui vasta história de violação dos Direitos Humanos, em 1980 durante a ditadura vigente no país, os salvadorenhos vivenciaram uma das mais cruentas violências contra as mulheres. Houve um episódio em que um soldado chegou a arrancar as vísceras de uma grávida “colaboradora dos comunistas” em praça pública, tirando-lhe o feto e lançando-o ao alto¹⁷.

2 DIREITOS DO NASCITURO VS DIREITO DA GESTANTE

Ponto fulcral no tema da legalização do aborto é a dialética existente entre os direitos do nascituro, quando se inicia a personalidade jurídica em contraposição aos direitos da gestante.

¹⁷ MARTINS, Manuela. **A luta pelo direito ao aborto em El Salvador; prática é ilegal em casos de estupro**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/27/a-luta-pelo-direito-ao-aborto-em-el-salvador-pratica-e-ilegal-em-casos-de-estupro/>

A priori é importante abordar as teorias existentes em relação ao início da personalidade jurídica do nascituro, afinal não há unanimidade entre os países acerca da natureza jurídica do nascituro.

Nesse contexto, três são as teorias: natalista, concepcionista e condicional, pelo fato de serem mais aceitas pelos ordenamentos jurídicos como um todo. A primeira teoria, como o próprio nome já diz defende que a personalidade começa a partir do nascimento com vida, logo, o nascituro ainda não é considerado sujeito de direito. A Teoria Natalista é refutada ao passo que se o nascituro não tiver personalidade jurídica será reduzido a condição de coisa, assim como os bens.

A Teoria Condicional, por sua vez defende a mesma linha que a teoria anterior, porém, não deixa o nascituro totalmente desamparado, defende a tese de que existem direitos eventuais em condições suspensivas resguardadas ao nascimento com vida. A crítica em relação a essa teoria seria no sentido de que estes não podem ser objeto de encargo, termo ou condição¹⁸.

Por fim, a terceira, Teoria Conceptionista a qual prevê que a personalidade jurídica se inicia antes do nascimento, no momento da concepção¹⁹, na fase da nidação, como o próprio nome diz.

Observa-se que a adoção de determinada teoria é ponto crucial para determinar se haverá ou não aborto, se o nascituro não tiver personalidade como afirma a Teoria Natalista, não haverá aborto, ao passo que, se tiver de forma condicional ou completa, como afirmam as outras duas teorias, o aborto seria uma violação ao direito à vida, direito esse fundamental, segundo texto constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro há uma antinomia, visto que o Código Civil adota a Teoria Natalista, mas o Código Penal lhes dá direitos personalíssimos e patrimoniais, bem como a Lei nº 11.804/08 que assegura os alimentos gravídicos, *in verbis*:

“Art. 2º : Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e

¹⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - parte geral**. São Paulo: Forense, 2011. v. 1.

¹⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelatto. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

Já no que diz respeito aos direitos das gestantes, deve-se ressaltar que sim, já existem hipóteses legais no ordenamento, ocorre que há gestações indesejadas, e nesses casos, o que fazer?

Nessa linha, deve-se zelar pelo respeito ao direito de liberdade, posto que, não cabe ao Estado condenar uma mulher a gestar e criar filhos indesejados, principalmente quando essa mulher não há condições financeiras, seria condenar uma criança a viver na miséria, em desrespeito a outro princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana. Não pode o Estado interferir nas escolhas privadas.

Muitas vezes a opção do aborto é um comportamento altruísta da gestante que não deseja criar um filho sem a mínima condição.

Além disso, do direito ao corpo, há também a questão de que não há entendimento consolidado se há ou não personalidade jurídica no nascituro.

Se a mulher possui autonomia para decidir sobre o aborto, atendendo aos requisitos do artigo 128 do Código Penal, poderia decidir sobre o que fazer diante de uma gravidez indesejada, afinal o Estado quer punir um ato que poderia ter sido evitado, caso prestasse o ensino sexual na escola e as orientações nos centros de saúde de forma efetiva e qualificada, informando e disponibilizando métodos contraceptivos para a população.

O que não é razoável e nem proporcional é querer interferir no corpo e na vida privada das mulheres, coagindo-as a ter filhos sob pena de prisão.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que na luta pela descriminalização do aborto é fundamental argumentar que a mulher tem o direito de decidir quando e quantos filhos quer ter e, para isso, poder contar com os profissionais da área da saúde para auxiliá-la, tanto na veiculação de informações a respeito do funcionamento do seu próprio corpo,

como na execução de um aborto seguro para garantir que sua integridade física e psicológica, saindo ilesa e com dignidade.

Afinal o que se percebe hoje na maioria dos países em que o aborto é proibido é que as mulheres procuram clínicas clandestinas e geram consequências drásticas para a sua integridade física, algumas inclusive vão a óbito.

O mundo é heterogêneo, há posicionamentos diversos pelos países do globo, mas o que é inquestionável é que no mundo contemporâneo não há mais espaço para impor argumentos religiosos, devido a liberdade de expressão e laicidade dos Estados.

Ademais os países que regulamentaram o aborto só tiveram ganhos, seja salvando mais mulheres da dor e humilhação de passar por procedimentos clandestinos, seja financeiro, por não ter que atender mulheres violadas e em estado grave de saúde após se submeterem a procedimentos sem a mínima higiene e segurança. Talvez fosse o caso de o Brasil realizar um referendo, assim como a Irlanda e deixar a população decidir a questão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelatto. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y la Bioetica ante los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 142-161.

Cf. BOZON. Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2004; e GIDDENS. Anthony. A Transformação da Intimidade. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP. 1992.

Cf. CLEVE, Clemerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**. In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT. 1995. pp. 34-55; SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem CO/Institucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1999.

Com maioria católica, Irlanda vai às urnas decidir se legalizará o aborto. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/com-maioria-catolica-irlanda-vai-as-urnas-para-decidir-se-legalizara-aborto-22716682>

Entenda o avanço das leis contra o aborto nos Estados Unidos. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/24/entenda-o-avanco-de-leis-contra-o-aborto-nos-estados-unidos.ghtml>

GALVÃO, Patrícia. **Os 15 primeiros países que legalizaram o aborto.** Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/os-15-primeiros-paises-que-legalizaram-o-aborto/>

MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3.ed. atual. São Paulo: Método, 2008, p.10.

MARTINS, Manuela. **A luta pelo direito ao aborto em El Salvador; prática é ilegal em casos de estupro.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/27/a-luta-pelo-direito-ao-aborto-em-el-salvador-pratica-e-ilegal-em-casos-de-estupro/>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - parte geral**. São Paulo: Forense, 2011. v. 1.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf

Planned Parenthood of Central Missol/ri v. Danforth. 428 U.S.52. (1976).

Vieira EM, Cordeiro LD, Monteiro RA. **A mulher em idade fértil no Brasil: evolução da mortalidade e da internação por aborto**. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Saúde Brasil 2007: uma análise da situação de saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2008. p. 143-82.

448 U.S. 297 (1980).

410 U.S. 113,93 S.Ct. 705 (1973).

A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: HIPÓTESE DE PESSOAS TRANSEXUAIS

Gabriel Machado Moraes

Resumo: A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4275 possibilitou ao indivíduo transexual a adequação de seu nome e de seu sexo no registro civil sem a necessidade de decisão judicial ou cirurgia. Essa decisão trouxe um avanço na inclusão social dessas pessoas em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A presente pesquisa tem por escopo debater sobre as aposentadorias das pessoas transexuais, tendo em vista que há uma diferença de tempo de contribuição e de idade entre mulheres e homens. Dessa forma, este trabalho utilizará como base pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais para estudar o direito de aposentação da população transexual, visando possibilitar um enquadramento social conforme sua identidade psicossocial.

Palavras-chave: Aposentadoria; Transexualidade; ADI n. 4275.

Abstract: The Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 4275 made it possible for the transgender to adjust his or her name and gender in the civil registry without the need for judicial decision or surgery. This decision has brought an advance in the social inclusion of these people in respect to the constitutional principles of human dignity and equality. This present research purpose is to discuss the retirement of transsexual people, considering that there is a difference of time of contribution and age between women and men. Thus, this article will use bibliographical, documentary and jurisprudential researches to study the right of retirement of the transsexual population, aiming to enable a social framework according to their psychosocial identity.

Keywords: Retirement; Transsexual Persons; ADI n. 4275.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4275, de 1º de março de 2018, reconheceu que as pessoas transgêneros possuem o direito à identidade psicossocial, podendo alterar seu nome e seu sexo no registro civil, sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização ou de autorização judicial.

O STF passou a reconhecer a essas pessoas o direito de assumirem uma identidade, feminina ou masculina, diferente daquela imposta no nascimento. Essa decisão visa assegurar a promoção dos direitos fundamentais, sendo uma das premissas da Constituição Federal de 1988 (CF/88) a previsão de que todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*), promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

Dado que a discriminação leva à desigualdade e à exclusão social, é certo que o STF, por meio do precedente referido, avançou na inclusão social das pessoas transexuais. Com isso, a decisão tenta possibilitar um maior enquadramento social, de forma a garantir o atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Nesse sentido, o presente estudo se propõe a avaliar os impactos da decisão para os direitos à seguridade social.

O Sistema de Seguridade Social foi na CF/88 previsto no Capítulo II do Título VII como um conjunto integrado de ações nas áreas de saúde, assistência social e previdência social, cabendo à União legislar privativamente sobre a matéria.

No âmbito da previdência social há o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), regime este responsável pela previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, nos termos do art. 40 da CF/88.

Destarte, a Constituição, atualmente, prevê três espécies de aposentadorias no RPPS, previstas nos incisos I ao III do art. 40, a (i) por invalidez permanente, (ii) a compulsória e a (iii) voluntária, objeto deste estudo.

Na aposentadoria voluntária há uma redução de cinco anos na aposentadoria por tempo de contribuição e na aposentadoria por idade para as mulheres. Todavia, há uma omissão legislativa em relação as pessoas transgêneros.

Dessa forma, com os avanços dos direitos dos transexuais sobre sua identidade psicossocial, há a necessidade de debater sobre os benefícios previdenciários dessas pessoas, principalmente, em relação a idade mínima e o tempo necessário de contribuição para a aposentadoria.

Faz-se a indagação de quais critérios devem ser adotado a uma pessoa transexual que alterou seu nome e seu gênero? Deve ser adotado os requisitos do gênero de origem ou o do momento do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria?

Em razão da falta de previsão legal sobre a aposentadoria para os transexuais, este estudo utilizará como técnica de pesquisa para levantar os dados, primeiramente, a pesquisa bibliográfica e documental e, em uma segunda etapa, jurisprudencial, para, no fim, trabalharmos com o direito de aposentação da população transexual.

Importante ressaltar que serão analisadas as razões da distinção nas regras para as mulheres e homens durante o trabalho legislativos na Constituinte de 1987 e 1988 e nas emendas à Constituição, que alteraram o texto original.

Este estudo está organizado em três capítulos, sendo no primeiro capítulo apresentado os conceitos mais relevantes aplicados ao tema, bem como a diferenciação de sexo, gênero e transexualidade, com o intuito de diferenciar algumas categorias e, principalmente, estabelecendo alguns direitos dos transexuais; no segundo capítulo será mostrado a posição de alguns órgãos, principalmente, do STF em relação a possibilidade de alteração no registro civil do nome e do sexo sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização ou de autorização judicial e no capítulo terceiro e último, tratará da questão de gênero e de aposentadoria, bem como das implicações da decisão do STF sobre a aposentação.

1 SEXO, GÊNERO E TRANSEXUALIDADE

“O que é ser um homem? O que é ser-se uma mulher? Pode pensar-se que ser-se um homem ou uma mulher é algo associado em última instância com o sexo do corpo que nascemos”¹.

Por meio dessas indagações feitas por Giddens em sua obra Sociologia, serão apresentados conceitos, sem esgotar o assunto e muito menos entrar em áreas alheias ao conhecimento jurídico, relativos à sexualidade humana.

¹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6ª ed. São Paulo: Penso, 2011. p.124.

É imprescindível, por primeiro, distinguir os conceitos de “sexo” e “gênero”, visto que ainda há confusão e muitas vezes são colocados como sendo a mesma coisa, porém possuem sentidos contrapostos, enquanto o primeiro, dentre vários conceitos, pode ser definido como sexo biológico, o segundo diz respeito a uma criação social.

Para Judith Butler “por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo”².

Podemos dizer que o sexo é biológico, referindo-se ao órgão produtor que cada um possui ao nascer, separando em fêmeas, aquelas que possuem vagina/vulva; em machos aos que têm pênis e, também, aos que possuem os dois, os intersexuais.

Em razão da concepção binária, feminino ou masculino, no Brasil, a designação do sexo de uma pessoa é definida no instante de seu nascimento, em razão de suas características físicas/morfológicas, e, desse modo, o direito emprega o sexo como fator de identificação da pessoa, buscando individualizá-la³.

Observa-se que o sexo não é definido pela vontade do indivíduo, Ferraz e Leite dialogam que “com o nascimento, a sociedade exige que seja adotado determinado padrão de comportamento a partir desse sistema binário do sexo biológico”⁴.

Em razão desse sistema binário adotado, revela-se um primeiro desafio: enquadrar pessoas intersexuais, pois diante da obrigação da imediata indicação do sexo e do nome no Assentamento Civil de Nascimento, conforme previsão na Lei n. 6.075, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, cria-se uma barreira a essas pessoas.

Ocorre que o nascimento de crianças intersexuadas muitas vezes impõe um limite objetivo ao Assentamento Civil destes indivíduos, em face da impossibilidade da declaração imediata do sexo e, conseqüentemente, do prenome dessas crianças. No Brasil, o sexo civil tem como base unicamente o sexo morfológico do indivíduo e, em casos de crianças com genitália ambígua, torna-se inviável o seu registro imediato, em

² BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

³ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **A Pessoa Transgênera e o Reconhecimento do Direito de ser Mulher: Promoção da Dignidade Humana e Garantia de Desenvolvimento Pessoal**. In: FERRAZ, Valença Ferraz (Coord.). **Manual dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

⁴ Ibidem. p. 216.

razão da incerteza quanto ao sexo e ao nome, feminino ou masculino, do neonato.⁵

Já o gênero pode ser entendido como as representações impostas pela sociedade desde que nascemos, isto é, as expectativas que a sociedade impõe ao sujeito em relação ao seu órgão biológico.

O gênero pode variar de cultura para cultura, havendo uma atribuição de papéis diferentes para cada gênero, pois em muitas culturas há uma divisão em feminino e masculino, enquanto em outras regiões há o reconhecimento de um terceiro gênero, como é o caso da Índia que reconheceu o “hijra” sendo um outro gênero além do feminino e masculino⁶.

Desse modo, “as diferenças de gênero não são determinadas biologicamente, mas geradas culturalmente. Neste sentido, existem desigualdades de gênero, pois os homens e as mulheres são socializados em papéis diferentes”⁷.

Letícia Laz conceitua gênero da seguinte forma:

(...) uma construção social que varia intensamente de cultura para cultura e de época para época. Por definição, a nossa cultura, assim como toda a cultura ‘ocidental’, reconhece a existência de duas e apenas duas ‘categorias de gênero’: masculino e feminino ou homem e mulher.⁸

O conceito de sexo, mesmo possuindo semelhança, não é idêntico ao conceito de gênero e, mesmo sendo dois conceitos diferentes, ainda há uma associação em nossa sociedade de que “sexo” e “gênero” sejam a mesma coisa ao impor aos que nascem com o órgão feminino seja mulher e quem nasce como macho seja homem, diferenciando a todo o momento os dois.

Em virtude da ‘naturalização’ do sexo como ‘fonte’ das construções sociais relacionadas a gênero, é comum as pessoas tomarem uma coisa

⁵ FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2EpcKLP>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁶ ROJAS, Ana Gabriela. A Índia reconhece os transexuais como um “terceiro gênero”. **El país**. 15 abr. 2014. Disponível em: <https://www.bit.ly/2QzjMIO>. Acesso: 10 abr. 2019.

⁷ GIDDENS, Anthony. op. cit., p.126.

⁸ LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Uma introdução aos estudos transgêneros**. Curitiba: Transgente, 2015. p.39.

pela outra no seu dia-a-dia. Mas é sempre importante lembrar que ‘sexo’ refere-se tão somente às diferenças genéticas, fisiológicas e anatômicas entre a genitália do macho e da fêmea da espécie humana, enquanto gênero é um dispositivo de controle social instituído com base em normas de conduta culturais, políticas, jurídicas, etc. endereçadas específica e respectivamente a machos e fêmeas biológicas em cada sociedade e época.⁹

No mundo contemporâneo as características que separam a mulher, aquela de estatura pequena, franzina e menos peluda, do homem, como aquela pessoa grande, musculosa e peluda, vem deixando de ser de domínio exclusivo de cada um. Todavia, uma mulher na sociedade contemporânea não necessita mais seguir os padrões impostos pela sociedade para tornar-se mulher. Ao mesmo tempo, também o homem não carece de se portar conforme os padrões sociais. Dessa forma, uma fêmea biológica pode tornar-se um homem e um macho pode ser mulher.

Pondera-se, assim, que os dois grandes discursos (mulher ou homem e feminino ou masculino) vem sofrendo, por meio de reflexões e análise, mudanças, como Giddens, em seus estudos, estabelece:

Não só o gênero é uma criação puramente social ao qual falta uma “essência” dominante, mas o próprio corpo humano está sujeito às forças sociais que o moldam e o alteram de várias maneiras. É possível atribuir aos nossos corpos significados que desafiam o que é geralmente considerado como “natural”. Os indivíduos poderão optar por construir ou reconstruir os seus corpos conforme a sua vontade (...) Assim, argumentam, o corpo humano e a biologia não são dados adquiridos, mas estão sujeitos à ação humana e à escolha pessoal em contextos sociais diferentes.¹⁰

Portanto, para além do conceito binário de gênero, fez surgir as identidades transgêneros.

‘Transgênero’ não quer dizer um gay (ou lésbica ou bi) ‘mais afetado’, nem uma patologia mental do indivíduo. Não é tampouco o nome de mais uma identidade gênero-divergente (como travesti, transexual, crossdresser, drag queen, transhomem, etc.) mas um termo ‘guarda-chuva’, que reúne debaixo de si todas as identidades gênero-divergentes, ou seja, identidades que, de alguma forma e em algum

⁹ Ibidem. p. 40.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. op. cit., pp.111-114.

grau, descumprem, violam, ferem e/ou afrontam o dispositivo binário de gênero.¹¹

Surgiu as pessoas agêneros, travestis, lésbicas, gays e dentre todas essas experiências identitárias as (os) transexuais.

Diferentemente do conceito de cisgênero, aquelas pessoas que estão em consonância entre seu sexo biológico e a percepção social do gênero correspondente, isto é, a fêmea que se identifica como mulher e o macho, como homem, o transexual é a pessoa que não se identifica com o gênero imposto pelo sexo, exemplo da pessoa que nasce com o sexo feminino ou masculino, mas não se enquadra no gênero feminino ou masculino, respectivamente.

As pessoas transexuais são aquelas que tentam uma mudança social de seu gênero e, muitas vezes, essas pessoas também se submetem a mudanças físicas por meio de terapias hormonais e, até mesmo, por cirurgia de redesignação sexual.

Transexuais sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem corrigir isso adequando seu corpo ao seu estado psíquico. Isso pode se dar de várias formas, desde tratamentos hormonais até procedimentos cirúrgicos.¹²

O transexual acredita que pertence ao sexo oposto ao seu sexo biológico, desejando viver e ser aceito de acordo com seu sexo psíquico.

Ressalta-se que, no ano de 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS) deixou de considerar a desconformidade de gênero como uma patologia, transtorno mental, conforme a Classificação Internacional de Doenças (CID).

Antes dessas mudanças, pessoas que não se identificavam com o sexo atribuído ao nascer eram consideradas doentes mentais, o que acabava trazendo estigmatização para as pessoas que se identificavam como transgênero.¹³

Não podemos confundir o transexual com o homossexual, pois a homossexualidade tem a ver com a orientação sexual voltava para o mesmo gênero, isto é, gays e lésbicas podem estar satisfeitos com seu gênero, mas sentem atração por pessoas

¹¹ LANZ, Letícia. op. cit., p. 24.

¹² JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: Conceitos e termos**. 2ª ed. Brasília: 2012. Disponível em: <https://www.bit.ly/2rO306c>. Acesso em: 22 mai. 2019.

¹³ MARTINELLI, Andréa. **Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2tc7LZ8>. Acesso em: 22 mai. 2019.

do mesmo gênero. O que não ocorre com o transexual que pode ser um heterossexual, gay ou lésbica, conforme lesiona Berenice Bento:

As histórias de mulheres transexuais lésbicas e de homens transexuais gays indicam à necessidade de interpretar a identidade de gênero, a sexualidade, a subjetividade e o corpo como modalidades relativamente independentes no processo de construção das identidades.¹⁴

Diferentemente, dos homossexuais, que sentem prazer com seus órgãos genitais, os transexuais sentem repulsa e repugnância pelos seus, evitando que os parceiros os toquem e até mesmo olhem para eles.¹⁵

Não se pode confundir com travestis, muito menos com a “drag queens”, homens que se vestem de mulher, ou “drag king” mulheres que se vestem como homem, pois a (o) transexual não pode ser considerado um “cross-dressing”, visto que o uso de roupas e objetos do sexo oposto é apenas uma forma de se adequar ao sexo psíquico, não havendo o mesmo significado fetichista, nem sendo forma de prazer e excitação como para os travestis.¹⁶

Muito menos com os intersexuais, visto que são indivíduos que nascem com órgãos sexuais ambíguos¹⁷ em que não assumem características nem femininas nem masculinas ou podem possuir características de ambos os sexos.

Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-lo, fixá-lo em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para seus conflitos, perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária.¹⁸

1.1 Dignidade da pessoa humana e direito a igualdade dos transexuais

¹⁴ BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p. 25.

¹⁵ ALVARENGA, Juliana Mendonça. **Transexualidade e seus Reflexos no Direito e Registro Civil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2016, p.50.

¹⁶ Ibidem, p.51.

¹⁷ GAUDENZI, Paula. **Intersexualidade: entre saberes e intervenções**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2HH1bQH>. Acesso em: 5 abr. 2019.

¹⁸ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.p.19.

As pessoas que não se enquadram na regra binária de gênero, feminino ou masculino, infelizmente, sofrem com rejeição, discriminação e exclusão¹⁹, mesmo sendo crescente os direitos conquistados²⁰.

Na área jurídica, a transexualidade tem gerado inúmeras discussões, principalmente em relação a sua inclusão social, como, também, aos direitos à vida, à integridade física, à personalidade e à igualdade e é crescente a preocupação sobre os direitos da previdência social.²¹

Tendo em vista que o Estado deve atuar de forma equilibrada entre as vontades da maioria, acolhendo as vontades das minorias, pois o Estado Democrático de Direito encontra-se previsto no art. 1º da CF/88 e ao falarmos em Estado Democrático de Direito podemos entender como um sistema de proteção das minorias.

Não se pode conceber um Estado Democrático sem a vontade da maioria. Seus valores devem prevalecer, suas ideias predominar. Isso não significa o aniquilamento da vontade dos grupos minoritários, seus valores e suas ideias. Seus temores também devem ser objeto de proteção do Estado.²²

Nas democracias contemporâneas, as Constituições disciplinam, fundamental e primariamente, a distribuição de direitos, deveres e prerrogativas entre o Estado e a sociedade, nos dizeres de Marco Aurélio.²³

¹⁹ Pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA aponta que 99% da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos (LGBTI), não se sente segura no Brasil. Cf. TRANSEXUAIS, Associação Nacional de Travestis e. **99% da população LGBTI não se sente segura no Brasil**. 21 maio 2019. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org/noticias/> Acesso em: 22 mai. 2019.

²⁰ A legislação brasileira, aos poucos, vem aumentando os direitos dos transexuais, como é o caso do Decreto n. 7.388, de 9 de dezembro de 2010, que trata do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD e do Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

²¹ O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFM) realizou, em Minas Gerais, o I Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Direito Previdenciário e um dos temas tratado foi sobre a aposentadoria das pessoas transexuais. Cf. IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **A transexualidade e a questão da aposentadoria**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2K55jwV>. Acesso em: 27 mai. 2019.

²² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. pp. 6-7.

²³ MELLO, Marco Aurélio. **25 anos de interpretação constitucional – Uma história de concretização dos direitos fundamentais**. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013. p.63.

Dessa forma, um dos princípios fundamentais da democracia é o da dignidade da pessoa humana, estabelecido como fundamento da República brasileira no art. 1º, III, da Constituição, e tem como característica possuir uma concepção vaga e aberta em que pode ser garantido com a observância de outros princípios constitucionais, como liberdade, igualdade, cidadania, dentre outros.

Para Ingo Sarlet, “o constituinte de 1988 (...) reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal”²⁴.

Continua o autor “é inerente a toda e qualquer pessoa humana, sendo atribuída e reconhecida a cada ser humano, devendo ser respeitada, promovida, protegida e não criada, concedida ou retirada, embora possa ter violações”²⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) também resguarda tal princípio em seu art. 1º, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade”.

É de suma importância a promoção da dignidade da pessoa humana em vista de uma perspectiva plural, pois a (o) transexual também é sujeito de direito como todos nós, assim, precisa de proteção e integração social.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI n. 4275, em seu voto diz que “A dignidade da pessoa humana, (...), deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga”²⁶.

Esse entendimento pode ser identificada em diversos julgados, como no Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2009, ao julgar um Recurso Especial, afirmou que, para a (o) transexual, ter uma vida digna importa ver reconhecida a sua identidade sexual, resguardando o princípio da dignidade da pessoa humana, em respeito às suas escolhas:

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.80.

²⁵ Ibidem. p.53.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**, Plenário, 1º de março de 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Xbuvp7>. Acesso em: 1º abr. 2019.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética - de beneficência, autonomia e justiça -, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.²⁷

Já o princípio da igualdade, em seu âmbito jurídico-formal, tem como base o conceito inserido no caput do art. 5º da CF/88, em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, e encontra-se inserido em toda a Constituição, como no art. 5º, I, trata da igualdade entre os sexos e no art. 7º, XXXII, igualdade trabalhista²⁸.

A igualdade é fundamental na democracia, pois veda qualquer distinção de raça, sexo, ou de outra natureza, bem como assegura direitos vitais a sua subsistência, como direito à vida, liberdade, dentre outros.

Com este princípio a Constituição Federal busca alcançar a todos os indivíduos o direito a justiça igualitária pela lei, independente de cor, raça, sexo [...] tendo como objetivo a segurança dos direitos fundamentais contra as ações arbitrárias e irrazoáveis, ou seja, igualdade jurisdicional é voltada para o legislador, proibindo-o de elaborar dispositivos que instituem desigualdade entre os indivíduos, privilegiando ou perseguindo seja quem for. Esse limite também é direcionado para o juiz, como interdição de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei.²⁹

O princípio da igualdade é dividido pela doutrina em igualdade formal e igualdade material: a formal é a prevista no texto constitucional que estabelece que todos são iguais perante a lei e a material tenta igualar os indivíduos conforme suas igualdades e desigualdades, ou seja, trata os iguais, igualmente e os desiguais de acordo com suas desigualdades, isto é, conforme suas diferenças.

Denota-se que a isonomia em seu aspecto substancial visa corrigir as desigualdades existentes na sociedade, pois os indivíduos são desiguais sob as mais diversas perspectivas. Ademais há, ainda, no seio social,

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1008398**, 3ª Turma, Brasília, DF, 18 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.bit.ly/2WtoNC1>. Acesso em: 1º abr. 2019.

²⁸ Em uma pesquisa pelo texto da CF/88, observa-se que a palavra sexo aparece quatro vezes em todo seu texto e gênero não aparece e a palavra mulher, 12 vezes.

²⁹ SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O Princípio da Igualdade**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2kVxK26>. Acesso em: 10 abr. 2019.

indivíduos e grupos historicamente mais vulneráveis ou que necessitam de tratamento diferenciado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito. Portanto, não se pode conceber que sejam os mesmos tratados pelo Ordenamento Jurídico como se idênticos fossem.³⁰

A Constituição assegurou tanto a igualdade formal ao tratar todos de forma igual, bem como tenta buscar a igualdade material ao vedar discriminações, sendo “legítimo ao legislador criar distinções com a finalidade de igualar oportunidades em prol de indivíduos e grupos menos favorecidos”³¹, pois, “historicamente, negros, mulheres e idosos sempre se encontraram em situação de hipossuficiência no seio da sociedade”³².

Para o indivíduo transexual trata-se de ser reconhecido como pessoa, respeitando sua identidade e diferenças.

Os direitos fundamentais são garantias suficientes de que nenhum direito será negado a nenhum transexual, em especial o princípio da igualdade, que impede que a condição sexual de uma pessoa a segregue da sociedade.³³

Contudo, mesmo diante de tais princípios, ainda há muita vulnerabilidade para a população transexual no contexto brasileiro, pois sua invisibilidade causa danos à autoestima, pois a sociedade ainda possui dificuldades em reconhece gêneros fora da relação binômio (feminino/masculino).

Um dos maiores obstáculos, infelizmente existentes na iniciativa privada, é a precária inserção no mercado de trabalho, pois a população transexual tem muitas dificuldades e muitas barreiras em seu acesso em razão do preconceito e transfobia.³⁴

³⁰ SILVA, Carolina Dias Martins da Rosa e. **Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2JZS6n2>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ CASTOLDI, Marcela; MULLER, Eugélio Luis. **Transexuais e as regras de aposentadorias**. In: MOTTA, Marianna Martini; MAUSS, Adriano. *Direito previdenciário e a população LGBTI*. Curitiba: Juruá, 2018.p. 42.

³⁴ Com raras oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas transexuais no Brasil acabam recorrendo à prostituição. Cf. CUNHA, THAÍS. **Transexuais são excluídos do mercado de trabalho. Correio Braziliense**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2ufPW1r>. Acesso em: 27 mai. 2019.

Assim, essas pessoas não possuem a liberdade de serem quem são, nem a dignidade para poderem exercer sua identidade sem sofrerem preconceitos e muito menos a igualdade de oportunidades para acessar o mercado de trabalho.³⁵

Por não possuir uma legislação que garanta espaço no mercado de trabalho, transexuais e travestis dependem de programas de incentivos, como é o caso do Projeto Reinserção Social Transcidadania, promovida pela Prefeitura de São Paulo, tem como proposta fortalecer as atividades de colocação profissional, reintegração social e resgate da cidadania para a população LGBTT em situação de vulnerabilidade³⁶.

Portanto, o aumento da proteção aos transexuais assegura uma maior inclusão social a essas pessoas, possibilitando, consequentemente, um acesso a direitos constitucionalmente previstos a todos os cidadãos, porém ainda há muito o que se fazer para diminuir sua vulnerabilidade.

2 EVOLUÇÃO DAS DECISÕES SOBRE O DIREITO DOS TRANSEXUAIS DE ALTERAR SEU REGISTRO PÚBLICO

O presente capítulo tem por objeto analisar a evolução das decisões judiciais e administrativas, tendo como principal foco o julgamento da ADI n. 4275, quanto à possibilidade da população transexual alterar seu registro público.

No final da década de 1980 e começo da de 1990, começaram a surgir decisões concedendo aos transexuais a possibilidade de alteração de seu nome e sexo sem a necessidade de qualquer cirurgia.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) foi um dos primeiros tribunais do país que julgou pela adequação do registro civil do transexuais, ao permitir a alteração no julgamento da Apelação Cível n. 593110547:

No Brasil, aí está o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil a permitir a equidade e a busca da justiça. Por esses motivos é de ser

³⁵ PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **Previdência social e transgêneros: proteção previdenciária, benefícios assistenciais e atendimento à saúde para os transexuais e travestis**. Curitiba: Juruá, 2019. p.60.

³⁶ [SÃO PAULO, Prefeitura de. Projeto Reinserção Social Transcidadania. Disponível em: https://www.bit.ly/2pYnGbl. Acesso em: 1º mai. 2019.](https://www.bit.ly/2pYnGbl)

deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração do nome e do sexo.³⁷

Após a edição da Resolução n. 1.482, de 19 de setembro de 1997³⁸, pelo Conselho Federal de Medicina (CFM)³⁹, autorizando a cirurgia de transgenitalização, “grande parte dos julgados passou a permitir as alterações de prenome e sexo, mas vários determinavam que no gênero deveria constar os termos ‘transexual’ ou ‘operado’”.⁴⁰

No ano de 2007, a Terceira Turma do STJ permitiu ao transexual, que fez a cirurgia de redesignação, a alteração do prenome e do sexo, porém determinou que houvesse o registro averbado, informando que a alteração se deu por meio de decisão judicial.

Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor.⁴¹

Em seguida, no ano de 2009, o STJ alargou seu entendimento, pois, no julgamento do REsp 1008398/SP, além de permitir a mudança do prenome e do sexo no registro público do transexual que não fez a cirurgia de readequação, também decidiu que não precisaria constar que a referida alteração decorreu de decisão judicial.

Determino, outrossim, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.⁴²

³⁷ ALVARENGA, Juliana Mendonça. op. cit. pp. 129-130.

³⁸ A Resolução n. 1.482/97 foi revogada pela Resolução n. 1.652, de 2 de dezembro de 2002, que, por sua vez, foi revogada pela Resolução n. 1.955, de 3 de setembro de 2010. Cf. Resolução. Disponível em: <https://www.bit.ly/2ZcR79x>. Acesso em: 30 abr. 2019.

³⁹ O CFM é um órgão supervisor da ética profissional e julga e disciplina a classe médica por meio de resoluções. Assim, o CFM edita normas para definir o caráter experimental de procedimentos em medicina.

⁴⁰ ALVARENGA, Juliana Mendonça. op. cit., 2016. p.131.

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 678933**, 3ª Turma, Brasília, DF, 21 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.bit.ly/2MuskvM>. Acesso em: 2 abr. 2019.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1008398**, 3ª Turma, Brasília, DF, 18 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.bit.ly/2WtoNC1>. Acesso em: 1º abr. 2019.

No referido julgamento, o STJ, sob o argumento de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirmou que para o transexual ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual.

Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológicas e social, bem como morfológicas, (...), equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.⁴³

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, ao realizar a primeira Jornada Nacional da Saúde com o objetivo de debater sobre os problemas relacionados à judicialização da saúde, aprovou dois enunciados interpretativos relativos aos direitos dos transgêneros.

Enunciado n. 42. Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

Enunciado n. 43. É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.⁴⁴

No ano de 2016, é editado o Decreto n. 8.727, de 28 de abril, que disciplina o tratamento sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Tal decreto, em respeito à dignidade desse grupo de pessoas, permitiu o uso de nome social em atos e procedimentos da administração em respeito às diferenças.

Em 2017, novamente o STJ, no julgamento do REsp 1626739/RS, em respeito aos princípios da privacidade e intimidade, permitiu que o transexual mudasse o prenome e o sexo no registro público e vedou a inclusão na certidão de nascimento qualquer expressão “transexual” ou do sexo biológico.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **I Jornada de Direito de Saúde**. 2014. Disponível em: <https://www.bit.ly/2dfMyE6>. Acesso em: 30 abr. 2019. Os enunciados não possuem força prescritiva. São reflexos dos estudos realizados por especialistas durante a referida Jornada.

Assim, conclui-se que, em atenção à cláusula geral de dignidade da pessoa humana, a jurisprudência desta Corte deve avançar para autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, desde que dos autos se extraia a comprovação da alteração no mundo fenomênico (como é o caso presente, atestado por laudo incontroverso), cuja averbação, nos termos do § 6º do artigo 109 da Lei de Registros Públicos, deve ser efetuada no assentamento de nascimento original, vedada a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão transexual ou do sexo biológico.⁴⁵

Por sua vez, no julgamento da ADI n. 4275, analisando a possibilidade de adequação do nome e do sexo jurídico no Cartório de Registro Civil, o STF conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 58 da Lei n. 6.075, de 1973, ao entender que é possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.⁴⁶

A referida ação de inconstitucionalidade ajuizada por Deborah Duprat, Procuradora-Geral da República interina, buscou que fosse dada ao art. 58 da Lei de registros públicos interpretação conforme a constituição.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

A PGR argumentou que impor ao cidadão a manutenção de pronome em descompasso com a própria identidade atenta contra a dignidade e compromete a interlocução com terceiros, em espaços públicos e privados, bem como que o direito

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1626739**, 4ª Turma, Brasília, DF, 1º de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.bit.ly/2MkxjPC>. Acesso em: 2 abr. 2019.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Plenário, Brasília, DF, 6 de março de 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Xbuvp7>. Acesso em: 1º abr. 2019.

fundamental à identidade de gênero justifica a troca de prenome, independentemente da realização da cirurgia.⁴⁷

A Suprema Corte entendeu que a identidade de gênero é uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituir.

Assim, o STF reafirmou e seguiu a tendência atual dos tribunais, ao dar interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica e ao art. 58 da Lei n. 6.075, de 1973, reconhecendo aos transgêneros, independentemente de qualquer cirurgia de transgenitalização ou de realização de tratamentos hormonais, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Na decisão saíram vencidos o Relator, Ministro Marco Aurélio, que em seu voto determinou como requisitos para a mudança a idade mínima de vinte e um anos e laudo médico, bem como os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes que entenderam que seria necessária autorização judicial.

Essa decisão possibilitou que uma pessoa possa alterar seu prenome e seu sexo no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou mesmo de decisão judicial, devendo ser aplicado a todos os casos pendentes de julgamento.

No mesmo ano de 2018, o STF julgou o Recurso Extraordinário n. 670.422/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, porém o acórdão ainda não foi publicado, apenas a ata de julgamento.⁴⁸

No julgamento do acórdão houve o reconhecimento da possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

No referido precedente, o STF fixou que a alteração deve ser averbada nos assentamentos de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo “transgênero”, e que nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a

⁴⁷ BRASIL, Procuradoria-Geral da República. **Inicial da ADI 4275**, 2009. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Mp04em>. Acesso em: 28 mai. 2019.

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 670422**. 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2HjxOpQ>. Acesso em: 28 mai. 2019.

expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

Com o objetivo de aperfeiçoar as atividades dos Registros Cíveis de Pessoas Naturais (RCPN), visto que compete ao Poder Judiciário fiscalizar os serviços do RCPN, o Corregedor do CNJ emitiu o Provimento n. 73, de 28 de junho de 2018, dispondo sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Além da decisão do STF, o CNJ considerou, ao emitir o referido provimento, as legislações internacionais de direitos humanos, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, alguns princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, e, principalmente, a decisão da OMS de excluir a transexualidade do capítulo de doenças mentais.

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais e

(...)

CONSIDERANDO a legislação internacional de direitos humanos, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe o respeito ao direito ao nome (art. 18), ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), à liberdade pessoal (art. 7º.1) e à honra e à dignidade (art. 11.2); CONSIDERANDO a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual a República Federativa do Brasil é signatária e cujos dispositivos devem ser observados sob pena de responsabilidade internacional;

CONSIDERANDO o direito constitucional à dignidade (art. 1º, III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, caput, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações;

CONSIDERANDO a decisão da Organização Mundial da Saúde de excluir a transexualidade do capítulo de doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID);

(...)

CONSIDERANDO a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do RCPN (ADI n. 4.275/DF);

A alteração do registro civil, segundo o provimento, será feita com base apenas na livre vontade do requerente que declarará sua intenção, independentemente de autorização judicial ou de cirurgia.

O provimento, assim como a ADI n. 4275, não exige a obrigatoriedade de apresentação de laudo psicológico ou médico que confirme a transexualidade, mas estabeleceu outros requisitos, como ser maior de 18 anos, habilitado à prática de todos os atos da vida civil, e preencher o requerimento adequado ao ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN).

Porém, de acordo com o provimento, a pessoa que for requerer deverá apresentar ao ofício do RCPN todos os seguintes documentos, sem os quais não será permitido a alteração: I – certidão de nascimento atualizada; II – certidão de casamento atualizada, se for o caso; III – cópia do registro geral de identidade (RG); IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso; V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso; VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda; VII – cópia do título de eleitor; IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso; X – comprovante de endereço; XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos; XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos; XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos; XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.

Dessa forma, o provimento uniformizou, em âmbito nacional, os procedimentos e deu cumprimento a decisão do STF, entretanto o ato impõe muitos requisitos ao exigir um número muito grande de documentos, o que tornar um empecilho, uma dificuldade a mais, para quem deseja alterar o registro público.

Márcia Fidélis Lima, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ao comentar sobre o provimento fez a seguinte ressalva:

Não há que se apresentar essas certidões para registrar um filho ou o óbito de um parente. Esses atos de registro e a averbação objeto do Provimento 73 têm em comum o fato de serem atos declaratórios, cuja responsabilidade civil e criminal por falsidade dessas declarações estão a cargo de quem declarou.⁴⁹

Como se observa, o Judiciário brasileiro, aos poucos, vem adequando as normas aos direitos das pessoas transexuais, de formar a adequar à realidade e reconhecendo essas pessoas como detentoras de direito. Porém o caminho ainda é longo para essas pessoas, pois ainda encontram resistência para retificar o registro civil em cartórios⁵⁰.

3 REFLEXOS NA APOSENTADORIA APÓS A ADI 4275

Em razão da omissão legislativa nas regras de aposentadoria e da vulnerabilidade da população transexual, será analisado, com o objetivo de inserção na sociedade dos transexuais, a ADI n. 4275, quanto a retificação do seu registro civil, e as possíveis consequências jurídicas nas aposentadorias para os servidores públicos federal.

3.1 Seguridade Social e Previdência

A Constituição Federal de 1988 instituiu em seu artigo 194 um sistema protetivo que visa suprir as necessidades sociais, inexistente até então no País, conceituado de seguridade social: “compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Para Fábio Zambitte Ibrahim, a seguridade social pode ser conceituada como:

A rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes,

⁴⁹ IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **CNJ padroniza alteração de nome de pessoas trans em cartório; burocracia imposta por conselho é criticada por especialistas**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2VJvSK9>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵⁰ A população transexual e travesti ainda enfrenta dificuldades no processo de retificação do registro civil em cartórios. Cf. ODEVEZA, José. **Mesmo com regulamentação do CNJ, população transexual ainda enfrenta problemas na retificação do registro civil em cartório**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Jwzh91>. Acesso em: 20 abr. 2019.

trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.⁵¹

Dessa forma, com o Sistema de Seguridade Social, a atual Constituição ampliou a cobertura de cada uma das três políticas previstas, como a ampliação do sistema previdenciário e do acesso à assistência social a todos que dele necessita e consolidação da universalização do atendimento à saúde com o Sistema Único de Saúde (SUS).

O Sistema da Seguridade Social abrange três programas sociais e, dentre eles, há a previdência social, apoiado pelo princípio da seletividade em que os regimes devem proteger todos os beneficiários.

A previdência social, atualmente, é dividida em 2 (dois) regimes básicos:

- a) Regime Geral de Previdência Social (RGPS);
- b) Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS).

O RGPS é um regime mais amplo, responsável pela proteção da grande massa de trabalhadores e é organizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia vinculada ao Ministério da Economia, alcançando os empregados regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), bem como os ocupantes de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, e encontra-se previsto no art. 201 da CF/88.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

Já os RPPS são mantidos pelos entes da federação, isto é, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, em favor de seus servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, nos termos do art. 40 da CF/88.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

⁵¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.p. 5.

De acordo com a Exposição de Motivos n. 29 da PEC n. 6/2019, até 2017, o RGPS englobava 27,7 milhões de beneficiários e 65,1 milhões de contribuintes pessoas físicas, enquanto no RPPS existem mais de 2.139 regimes próprios, incluindo da União, de todos os Estados e de cerca de 2.080 municípios, com cerca de 5,7 milhões de servidores ativos e 3,8 milhões de aposentados e pensionistas.⁵²

A União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a previdência, conforme prever o art. 24, XII, da CF/88

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Em relação aos Municípios, mesmo com o silêncio da Constituição em atribuir competências para dispor sobre seus servidores, a doutrina entende que os municípios também exercem essa competência, conforme Marcelo Barroso Lima Brito de Campos concluiu:

Poder-se-ia hesitar quanto a esta atribuição, porquanto o art. 24 da Constituição de 1988 foi silente quanto a ele. Outrossim, a autonomia (CF, art. 18), a paridade federativa (CF, art. 19, III) e a competência suplementar aliada ao poder de dispor sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I e II) induzem à conclusão de que o Município também pode dispor sobre previdência de seus servidores.⁵³

Portanto, por haver dois regimes básicos distintos (RGPS e RPPS), este trabalho terá por foco o RPPS, mais especificadamente, a aposentadoria voluntária, por idade e por tempo de contribuição, dos servidores públicos federais, lembrando que cada ente federativo pode legislar sobre a previdência de seus respectivos servidores públicos.

O servidor público federal, conforme art. 40, § 1º, da CF/88, com redação dada pela EC 20, de 1998, possui três modalidades de aposentadorias: por invalidez; compulsória; e voluntária. A aposentadoria voluntária, por sua vez, pode ocorrer de três formas: por idade; por tempo de contribuição; e a especial, essa última sendo concedida aos servidores que trabalham em condições adversas, prevista no § 4º do art. 40 da CF/88.

⁵² BRASIL, Ministério da Economia. **Exposição de Motivos n. 29**. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bit.ly/2VXcklN>. Acesso em: 1º mai. 2019.

⁵³ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de Campos. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p.66.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Informa-se que, ao longo do tempo, as regras de aposentadoria foram alteradas, sendo que as referidas alterações importaram na edição das chamadas de regras de transição. Dessa forma, a incidência das novas regras tem seu alcance limitado pelo momento de ingresso do servidor no RPPS.

Assim, com a EC n. 20, de 1998, há uma regra de transição para os servidores que ingressaram em cargo efetivo até a data de 16 de dezembro de 1998 (data da promulgação dessa emenda), com a EC n. 41, de 2003, outra regra para os que ingressarem até 31 de dezembro de 2003 e, com a EC n. 47, de 2005, aos que ingressarem até 16 de dezembro de 1998 (data da promulgação da EC n. 20/98).

As regras de aposentadorias que darão o direito de se aposentar com proventos integrais exigem, além do tempo de efetivo serviço público e de cargo e carreira de cada regra, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade para a mulher e 60 (sessenta) anos para o homem, devendo contar, ainda, com 30 (trinta) anos de contribuição a mulher e 35 (trinta e cinco) anos o homem, estando previstas no art. 40 da CF/88, no art. 6º da EC n. 41, de 2003 e no art. 3º da EC n. 43, de 2005.

No caso de aposentadoria com proventos proporcionais, há, atualmente, duas regras, a prevista no art. 40 da Constituição, que estabelece que é preciso tempo de efetivo exercício no serviço público e no cargo efetivo, 10 (dez) anos e 5 (cinco) anos, respectivamente, e a servidora necessita de 60 (sessenta) anos e o servidor de 65 (sessenta e cinco) anos.

A outra regra encontra-se prevista no art. 2º da EC n. 41, de 2003, que prevê para a mulher 48 (quarenta e oito) anos de idade e 30 (trinta) anos de idade e para o homem 53 (cinquenta e três) anos de idade e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição. Deve-se, ainda, somar ao tempo de contribuição, tanto da mulher quanto do homem, um

período adicional de 20% ao que faltar para completar o tempo de contribuição exigido na data da publicação dessa emenda (16 de dezembro de 1998).

A aposentadoria especial, encontra-se no § 4º, do art. 40 da CF/88, poderá ser regulamentada com a edição de uma lei complementar. Entretanto, a lei complementar ainda não foi editada, o que tem levado os servidores a buscarem a tutela do Poder Judiciário para salvaguardar o seu direito.

Diante da omissão legislativa, os tribunais brasileiros, principalmente o STF com a edição da Súmula Vinculante n. 33, estão reconhecendo o direito aos servidores e mandando aplicar as regras do RGPS.

Súmula Vinculante n. 33. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.⁵⁴

A referida súmula vinculante remete as regras da aposentadoria especial do RGPS prevista no art. 57 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o plano de benefícios da Previdência Social. Dessa forma, tenta-se pôr fim aos inúmeros mandados de injunções interpostos pelas categorias de servidores.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Já os servidores portadores de deficiência, o STF vem decidindo via Mandado de Injunção que se apliquem as regras da Lei Complementar (LC) n. 142, de 8 de maio de 2013, na qual regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS.

Na presente hipótese, em que o impetrante fundamenta seu pleito em omissão relativa ao artigo 40, § 4º, I da Constituição Federal, a solução do caso deve ser pautada pelo mesmo raciocínio que subsidiou a edição da Súmula Vinculante 33, (...). De forma a reconhecer, no caso, a

⁵⁴ A Súmula Vinculante n. 33 encontra-se em processo de revisão para contemplar os servidores com deficiência de que trata o art. 40, §4º, I, da CF/88. BRASIL. Cf. Supremo Tribunal Federal, **Proposta de Súmula Vinculante (PSV) n. 118**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2VVDvx3>. Acesso em: 29 mai. 2019.

ausência de lei complementar que discipline a matéria específica relacionada no inciso I, § 4º, art. 40, do texto constitucional, tornando, por decorrência lógica, necessária a integração da norma. Em julgamento sobre o tema, acompanhei a maioria formada no sentido de que a Lei Complementar 142/2013 é o parâmetro legislativo a ser aplicado, no que couber, para regulamentar o direito à aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência (...), CONCEDO A ORDEM para reconhecer a mora legislativa e determinar ao órgão público competente que aprecie o pedido da impetrante, aplicando, no que couber, os termos da Lei 8.213/1991 ou da LC 142/2013, a depender do marco temporal em que o impetrante alcançou as condições para a obtenção do benefício.⁵⁵

Desse modo, o servidor que esteja cometido de alguma deficiência poderá aposentar pelas regras da LC n. 142/2013.

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Há uma proposta de reforma da previdência em tramitação no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 6, de 2019, que altera as regras vigentes de aposentadoria no serviço público federal, na qual mantém as diferenças nas idades para a aposentadorias para mulheres e homens e não aborda os transgêneros.

Poder-se-ia cogitar de um estudo sobre o tema no âmbito da Reforma Previdenciária hoje em discussão no Congresso Nacional. Todavia, trata-se apenas de uma proposta de emenda, não é, por óbvio, direito posto, razão pela qual não há como

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 7054**. 2018. Brasília, DF. 28 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2F2iYBF>. Acesso em: 20 abr. 2019.

estudá-la sob perspectiva exclusivamente positiva, visto que, até sua promulgação, seu texto poderá ser alterado ou até mesmo nem sequer se aprovado⁵⁶.

Diante das regras de aposentadoria vigentes para os servidores públicos, nota-se que há uma distinção para as mulheres e homens. Dessa forma, será analisado, a seguir, a razão da distinção de tempo para as mulheres na Constituinte e nas emendas.

3.2 A questão de gênero na aposentadoria

Conforme é observado, as regras atuais de aposentadorias voluntárias no serviço público federal, prevista no art. 40 da Constituição, possuem tempos distintos para as mulheres e para os homens.

A Constituição, ao estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, não tratou apenas da igualdade formal, mas também da igualdade material. Uma vez que, em alguns dispositivos constitucionais, em especial nos que dispõem sobre a aposentadoria, conferem tratamentos diferenciados para “acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida. Assim, os prazos para a aposentadoria dos trabalhadores (...) foram diferenciados”⁵⁷.

A distinção na aposentadoria foi adotada pela primeira vez no texto da Constituição de 1967. Era estabelecido em seu art. 101 que os proventos da aposentadoria serão integrais quando o funcionário público contar com 30 (trinta) anos de serviço se do sexo feminino, ou, 35 (trinta e cinco), do sexo masculino.

As razões da redução de 5 (cinco) anos para as mulheres na Constituinte de 1967 parecem que foram de ordem social, pois visava amparar a mulher que trabalhava, sobretudo aquela que era mãe, pois possuíam seus encargos aumentados.

Ana Barreto, em relação a referida distinção, concluiu que o legislador ao estabelecer esse tempo “levou em conta razões de natureza social, na medida em que a

⁵⁶ Não será analisada neste estudo a PEC n. 6, de 2019, tendo em vista as dificuldades que o governo enfrenta para a sua aprovação e que são diuturnamente retratadas pela imprensa brasileira. Por todos, cf. MAIA diz que falta de clareza de políticas de Bolsonaro dificulta aprovação da Previdência. **Folha de S. Paulo**. 14 mai. 2019. Disponível em: <https://www.bit.ly/2JnM7L1>. Acesso em: 18 mai. 2019.

⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Jurídico Lê. 1990. p.75.

estrutura das sociedades conjugais brasileiras ainda demonstra que as tarefas domésticas, na maioria das vezes, são de responsabilidade exclusiva das mulheres”⁵⁸.

Na Constituição Cidadã, em razão do movimento das mulheres pela luta de igualdade de gênero, houve um aumento da proteção dos direitos das mulheres, e, principalmente, houve a inclusão da aposentadoria por idade, mantendo a diferença de cinco anos entre mulheres e homens tanto no tempo de serviço como na idade.

Os movimentos de mulheres sustentam que a diferença se justifica à medida que as tarefas domésticas e o cuidado das crianças ainda recaem sobre as mulheres: que o Estado não assume a oferta de equipamentos de educação infantil, bem como outros equipamentos a exemplo de restaurantes populares e lavanderias públicas o que poderiam aliviar a dupla jornada das mulheres; e que, no âmbito privado, os homens não dividem as tarefas domésticas com as mulheres.⁵⁹

José Afonso da Silva, ao tratar da igualdade, justifica que essa discriminação é válida, pois “na medida em que à mulher incumbem as tarefas básicas de casa, pouco ajudada aí pelo marido. Ela tem assim uma sobrecarga de serviços que é justo seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de contribuição e de idade”⁶⁰.

As regras de aposentaria hoje vigentes sofreram várias reformas com a primeira delas ocorrendo em 1993 com a Emenda à Constituição n. 3, outras em 1998, com as EC n. 19 e 20, em 2003 com a EC n. 41 e por último com a EC n. 47 de 2005.

Dentre todas essas alterações, a mais substancial veio com a EC n. 20, de 1998, conhecida como reforma da previdência, na qual impôs idade mínima para aposentadoria integral por tempo de contribuição, com 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres e 60 (sessenta) anos para os homens.

Ibrahim menciona que na votação da Proposta que culminou com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20 tiveram muitas discussões sobre a redução da idade da mulher para aposentar, pois havia argumentos que questionavam o fato de as

⁵⁸ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Carta de 1988 é um marco contra discriminação**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Lltb0Z> Acesso em: 20 abr. 2019.

⁵⁹ CORTÊS, Iáris (Org.). RODRIGUES, Almira (Org.). **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente**. Brasília: Letras Livres. 2006.p.29.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.220.

mulheres viverem mais que os homens e aposentavam mais cedo. Por outro lado, havia aqueles que alegavam que as mulheres viviam mais por poderem aposentar mais cedo.

Mesmo com toda a discussão, o Constituinte derivado decidiu manter a distinção de idade para as mulheres e Fábio Zambitte Ibrahim tenta explicar a razão da redução da idade para a mulher da seguinte forma:

Uma das principais justificativas para a redução da idade da mulher seria a sua dupla jornada de trabalho, isto é, ao mesmo tempo que exerceria suas atividades profissionais, ainda teria de administrar o ambiente familiar.⁶¹

A referida emenda trouxe uma regra de transição para aqueles servidores que ingressaram em cargo efetivo antes de 16 de dezembro de 1998 (data da promulgação da emenda) em que manteve a redução de cinco anos na idade e no tempo de contribuição para as mulheres.

Posteriormente veio a EC n. 41, de 2003, que trouxe outra regra de aposentação, porém somente aos servidores que tenham ingressado em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003, mantendo a diferença na idade e no tempo de contribuição (55 anos de idade e 30 de contribuição para as mulheres e 60 anos de idade e 35 de contribuição para homens).

A EC n. 47, de 2005, apelidada como PEC paralela da previdência, tratou de parte da PEC anterior (EC n. 41, de 2003), pois por falta de consenso, na época da votação da proposta anterior, constituiu uma nova proposta. Nessa emenda estabeleceu-se aos ingressantes no serviço público até 16 de dezembro de 1998 (data da promulgação da EC n. 20, de 1998) as mesmas regras estabelecida pela EC 41, de 2003, isto é, manteve a redução de tempo de contribuição e idade (55 anos de idade e 30 de contribuição para as mulheres e 60 anos de idade e 35 de contribuição para homens).

Observa-se, ainda, com base em um estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) de 2019, compilados na pesquisa Retrato das Desigualdades⁶², do

⁶¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **op. cit.**p. 608.

⁶² APLICADA, Instituto de Pesquisa Econômica. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que a mulher trabalha o dobro de tempo em serviços domésticos que o homem. Isso também é observado quando a mulher trabalha fora e, mesmo quando o homem se encontra desempregado, ela dedica mais tempo em trabalhos domésticos que o homem.⁶³

Portanto, desde a Constituição de 1967, o Constituinte tenta estabelecer, por meio de regras diferenciadas de aposentadoria, igualdade de gênero para as mulheres, construindo, ainda que de forma lenta, uma justiça social. Desse modo, essa diferenciação também afetará na vida da população trans.

3.3 Implicações da ADI 4275 na aposentadoria

Em decorrência de mudanças culturais, o Direito Previdenciário precisa identificar e incluir os segurados que estejam expostos aos riscos sociais. Riscos estes como sendo algo que pode ocorrer no futuro, em um momento incerto e causar prejuízo a um segurado, seja em razões laborais ou de idade.

A Previdência Social, pela concessão de benefícios ou serviços tem como função mitigar estes riscos, dando respaldo, em regra de natureza financeira, ao segurado ou seus dependentes na ocorrência de um fato por ele amparado.⁶⁴

Pode-se, assim, dizer que os indivíduos transexuais também têm o direito de cobertura desses riscos⁶⁵. Em razão de o sistema normativo ser ampliado para proteger as novas relações sociais, como na proteção das “novas” orientações sexuais⁶⁶, prevalecendo o direito a intimidade de gênero.

A Constituição, no art. 194, parágrafo único, enumera alguns princípios da Seguridade Social, que tentam amparar esses referidos riscos: (i) universidade da cobertura e do atendimento; (ii) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às

⁶³ ALMEIDA, Cássia. **Mulher trabalha em casa o dobro de tempo que o homem há mais de duas décadas**. Disponível em: <https://www.glo.bo/2IiPqjE>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶⁴ SILVA, Aguiar Ferreira da. **O risco social e o direito previdenciário em tempo de reforma**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2JZE6t>. Acesso em: 21 mai. 2019.

⁶⁵ CASTOLDI, Marcela. MULLER, Eugélio Luis. **Transexuais e as regras de aposentadorias**. In: MOTTA, Marianna Martini. MAUSS, Adriano. *Direito previdenciário e a população LGBTI*. Curitiba: Juruá, 2018. p.45.

⁶⁶ ALVES, Hélio Gustavo. **A transexualidade e seus reflexos no direito previdenciário**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2JU82Jo>. Acesso em: 20 abr. 2019. p.2.

populações urbanas e rurais; (iii) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (iv) irredutibilidade do valor dos benefícios; (v) equidade na forma de participação no custeio; (vi) diversidade da base de financiamento; e (vii) caráter democrático e descentralização da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgão colegiados.

Essa proteção faz com que se atinja a tão almejada justiça real. Todo e qualquer desenvolvimento da sociedade deverá ter como meta a diminuição das desigualdades sociais⁶⁷.

A universalidade da cobertura e do atendimento alcança todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessita⁶⁸. Dessa forma, todos aqueles que precisam devem receber atendimento, como no caso da saúde e assistência social e, no caso da previdência, a quem contribuir.

Em caso de necessidade ou em razão de algum risco social que possa surgir, a universalidade de cobertura o protegerá. Com isso, toda a sociedade deve ser resguardada.

Contudo, a referida universalidade, ainda, não incorpora de modo adequado a população transexual, pois, mesmo que não excluídos ou impedidos, ainda não há regulamentação, no caso da aposentadoria, sobre qual regra aplicar com relação a sua identidade psicossocial.

Dado que a filiação a um regime previdenciário é compulsória, pois ao exercer alguma atividade laborativa remuneratória, o indivíduo estará vinculado à previdência social, independentemente de sua manifestação de vontade. O mesmo acontecendo com o(a) servidor(a) público que ao ingressar em um cargo efetivo estará vinculada ao regime previdenciário (RPPS).

Do caráter compulsório da vinculação jurídica do trabalhador à Previdência Social decorre que o *status* de filiado – segurado de um

⁶⁷ BALERA, Wagner. MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 10ª ed. São Paulo: Método 2014. p.36.

⁶⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.91.

Regime de Previdência Social – é situação que independe de manifestação de vontade do indivíduo, quando este exerça qualquer atividade laborativa remunerada. Assim, além de compulsória, a vinculação jurídica, pela filiação, é automática, e se dá de imediato, com o exercício de trabalho remunerado.⁶⁹

Já o princípio da seletividade estabelece que os benefícios serão concedidos a quem dele necessitar⁷⁰ que no caso da previdenciária social é a quem cumprir os requisitos. No caso dos transexuais, caberá analisar quais requisitos essas pessoas devem cumprir, visto que possuem o direito de aposentar.

Desse modo, quais critérios devem ser adotado a uma pessoa transexual que alterou seu nome e seu gênero? Deve ser adotado os requisitos do gênero de origem ou o do momento do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria?

A lei aplicável nas matérias previdenciárias, no entendimento do STF, é aquela vigente ao tempo do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício, isto é, aplica-se o princípio “tempus regit actum”.

Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra ‘tempus regit actum’, que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário.⁷¹

O que vai regular a concessão da aposentadoria é a lei vigente ao tempo que o(a) servidor(a) preencher os requisitos para a aposentadoria, sendo a matéria pacificada tanto no STJ, por meio da Súmula n. 340, como STF, Súmula n. 359.

Súmula n. 340: A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Súmula n. 359: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

⁶⁹ Ibidem. p.23.

⁷⁰ Ibidem. p.91.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 625446**. 2ª Turma. 12 de agosto de 2008. Disponível em: <https://wwwbit.ly/2XoHWC2>. Acesso em: 1º mai. 2019.

Em primeira análise, a lei previdenciária aplicável deve ser a vigente ao tempo da concessão com base dos requisitos equivalentes ao gênero adequado.

Outro ponto é em relação ao reconhecimento da identidade psicossocial que deve considerar como declaratório, pois a mudança no registro público do nome e do gênero apenas declara uma situação já existente, visto que o indivíduo transexual não passa a ser mulher ou a ser homem com a alteração, pois ele sempre foi mulher ou homem, respectivamente.

O sujeito transexual não se identifica como pertencente ao grupo dos transgêneros ou a um terceiro grupo, mas vê-se como homem ou mulher, à semelhança de outros homens e mulheres. Por essa razão, pretende a universalização de direitos e sua inclusão social, como os demais indivíduos.⁷²

Ao considerar declaratório, pode garantir a essas pessoas a possibilidade de “se aposentar de acordo com os requisitos exigidos para a sua identificação psicossocial preexistente, configurada na convivência pública, contínua e duradoura”⁷³.

Com isso, deve-se aplicar as regras do gênero que a pessoa transexual se auto afirma, respeitando à dignidade da pessoa humana e a igualdade e objetivando a promoção de uma sociedade justa e igualitária.

Dessa forma, o reconhecimento da identidade de gênero garantirá a dignidade dessa minoria e a sua autodeterminação possibilitará a expressão dos atributos e características do gênero que essas pessoas se identificam, assegurando o máximo de igualdade entre as pessoas.

Por outro lado, se levarmos em conta o sexo de nascimento, não estaríamos respeitando a decisão adotada pela pessoa transexual, sendo uma forma de discriminação.

Muitas vezes, a pessoa não quer ter lembranças do que ocorreu no passado, pois foi vítima de ódio e discriminação e as violências sofridas começam desde cedo tanto no ambiente familiar quanto escolar e chegam a evoluir para o ambiente público.⁷⁴

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Plenário, Brasília, DF, 6 de março de 2018.p.94. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Xbuvp7>. Acesso em: 1º abr. 2019.

⁷³ BRAMANTE, Ivane Contini. **Pessoa Transgênero: Aposentadoria Compatível com a Identidade Psicossocial**. In: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário. Ano XVII - n. 85 – Jul-Ago 2018.p.24.

⁷⁴ COMUNICAÇÃO, Empresa Brasileira de. **Eu, trans, quero te mostrar quem sou**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/trans>. Acesso em: 3 mai. 2019.

Impor uma contagem proporcional a cada gênero vivenciado pelo indivíduo geraria discriminação, pois “obrigaria a pessoa a vivenciar resquícios de um gênero que já não lhe pertence mais. (...) algo desnecessário, injusto e incoerente com o reconhecimento estatal obtido outrora, (...), com a mudança oficial do gênero”⁷⁵.

O estabelecimento de regras de transição à população transexual implicaria na imposição de um critério adicional que inexistia em sua atual organização, vez que inevitavelmente traria à legislação adicionais contributivos assimétricos entre homens cis e homens trans, mulheres cis e mulheres trans. Tal como decidido pelo STF na ADI 4275, o reconhecimento do gênero conforme autopercebido não pode ser condicionado. Qualquer condicionamento seria um ato atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁶

Diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, cabe ao transexual aposentar com os requisitos conforme seu gênero autodeterminado, ou seja, ao homem transexual deve se aplicar as regras de aposentadoria em igualdade de condições ao homem cis. O mesmo tratamento deve ser dado a mulher transexual.

Não se deve condicionar seu pleno exercício da cidadania a sua reivindicação tardia de alteração de seu registro público.

Dessa forma, ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual nem sofrer qualquer discriminação, pois as pessoas transexuais possuem o direito de se aposentar, devendo ser de acordo com o sexo adequado, ou seja, de acordo com sua identidade psicossocial, do contrário violaria princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Em uma decisão recente, a justiça federal do Rio de Janeiro adotou a identidade psicossocial preexistente ao cancelar uma pensão por morte de uma filha transexual de militar após mudar de nome e de sexo para homem. Com a alteração no

⁷⁵ FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. DOS SANTOS, Marcelo Alves. **Os impactos da jurisprudência do STF sobre transgênero no âmbito da previdência social.** In: *Juris Plenum: previdenciária*, v. 7, n. 25, pp. 117-134, fev.2019.

⁷⁶ PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. op. cit. p.129.

assentamento de nascimento, bem como da mudança de nome, não poderia mais receber o benefício⁷⁷, pois era um benefício concedido apenas para as filhas.

Observa-se, nessa decisão, que o judiciário considerou que estando presente a alteração deve ser aplicado as regras do gênero adotado pelo segurado(a).

Já, em uma possível reforma previdenciária, se tentasse acabar com a diferença, igualando os tempos de aposentadoria para mulheres e homens, unificando-os, faria sentido se aqui no Brasil não fosse tão acentuada a divisão sexual de trabalho.⁷⁸

A decisão da ADI n. 4275 possui eficácia contra todos e efeito vinculante, devendo também ser estendido ao direito previdenciário, pois ao promover a alteração de registro civil e de todos os documentos pessoais afetará o direito que essas pessoas têm de aposentar.

A melhor opção, na lacuna legislativa, será sempre a menos gravosa à dignidade dos indivíduos, a menos discriminatória, razão pela qual, crê-se que o direito previdenciário não deve ser a nota dissonante retrocessiva no reconhecimento dos direitos LGBTI.⁷⁹

Em consulta aos órgãos federais como Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Conselho de Justiça Federal (CJF) verificou-se que ainda não há casos concretos para serem analisados e, infelizmente, os setores responsáveis por concederem aposentadoria dos referidos órgãos não souberam dizer como irão tratar do assunto quando uma pessoa transexual requerer sua aposentadoria⁸⁰.

⁷⁷ IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. Homem perde pensão de pai ex-militar da Marinha depois de mudança de gênero. Disponível em: <https://www.bit.ly/2YMG4Ue>. Acesso em: 10 mai. 2019.

⁷⁸ As mulheres registram invariavelmente taxa de atividade menor que a dos homens (62% contra mais de 75%); taxa de desocupação superior (13,6% contra 10,5%); que seus rendimentos correspondem a 77% daqueles auferidos pelos homens, além de serem quase metade dos informais e maioria no emprego tempo parcial (...). Portanto, sua densidade contributiva é baixa. Por essa razão, terão imensa dificuldade em cumprir com regras mais duras de tempo de contribuição. LAVINAS, Lena. **Faz sentido haver idades diferentes para aposentadorias de homens e mulheres? Sim.** 23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bit.ly/2wmOl51>. Acesso em: 25 mai. 2019.

⁷⁹ PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **op. cit.** p.144.

⁸⁰ Nas primeiras semanas do mês de maio de 2019, foi consultado os setores que tratam da concessão de aposentadoria dos servidores públicos de alguns órgãos federais (STJ, TST, TSE e CJF). Na consulta, foi perguntado se havia alguma solicitação para a concessão de aposentadoria feita por transexual e se havia algum estudo ou análise sobre a aposentadoria para os (as) transexuais.

Os transexuais desejam seu reconhecimento como ser humano com dignidade, bem como ser tratado com igualdade. Com a ADI n. 4275, houve um avanço na inclusão social ao possibilitar que haja a alteração no registro público conforme sua autodeterminação.

Essas pessoas querem que sejam concedidos aposentadoria “com a idade e o tempo de contribuição correspondente ao sexo adequado, para que os mesmos possam usufruir deste direito adquirido, por ser uma questão de dignidade”⁸¹.

Por fim, em 29 de junho de 2019, uma Oficial do Ministério Público de São Paulo que teve sua registro alterado pode aposentar com base nas regras para mulheres⁸².

CONCLUSÃO

A CF/88 proclamou o Estado Democrático de Direito fundando em preceitos e direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, destinados a todos cidadãos a fim de combater qualquer forma de discriminação.

Dessa forma, cabe ao Estado promover direitos que alcancem não apenas a maioria, mas também as minorias, como é o caso dos transexuais, para que exerçam plenamente sua cidadania e efetive seus direitos fundamentais.

O STF, com a ADI n. 4275, deu um passo importante para que as pessoas transexuais possam ser reconhecidas por sua identidade psicossocial, isto é, por meio de uma nova identidade de gênero, sem precisar passar por qualquer cirurgia nem de autorização judicial.

Pode-se conferir mais dignidade, igualdade e respeito a essas pessoas, pois tem por objetivo uma maior inclusão social, visto que, muitas vezes, sofrem muitos preconceitos e são marginalizadas.

⁸¹ DA CRUZ, Rodrigo Chandohá. **A concessão de Aposentadoria ao Transexual equivalente ao sexo adequado**. Curitiba. Ed. CRV, 2014.p. 71

⁸² MIGALHAS. **Oficial do MP/SP que mudou de sexo tem direito a aposentadoria feminina**. Disponível em: <https://bit.ly/2LapBGp>. Acesso em: 8 jun. 2019.

Com essa nova demanda, surgem suas implicações e uma delas é em relação ao direito previdenciário, principalmente, ao direito à aposentadoria.

Este artigo teve por objetivo analisar o direito a aposentação do (a) servidor (a) público federal transexuais em virtude de não haver uma lei que discipline esse direito.

O Estado precisa se modernizar as novas identidades para conceder o direito às pessoas transexuais de aposentar na idade ou com o tempo de contribuição correspondente ao gênero que se identificam, em respeito à sua dignidade e de forma a trata-los com mais igualdade.

É importante que se garanta a efetividade do direito previdenciário, visto que não há uma norma que preveja que a pessoa transexual possa se aposentar pelo gênero que se reconheça.

Diante da lacuna legislativa, deve-se prevalecer a dignidade da pessoa humana e, com isso, deve-se reconhecer a identidade psicossocial do (a) transexual, de forma a aplicar a regra de aposentadoria conforme o gênero adotado.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cássia. **Mulher trabalha em casa o dobro de tempo que o homem há mais de duas décadas**. Disponível em: <https://www.glo.bo/2liPqjE>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- ALVARENGA, Juliana Mendonça. **Transexualidade e seus Reflexos no Direito e Registro Civil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2016.
- ALVES, Hélio Gustavo. **A transexualidade e seus reflexos no direito previdenciário**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2JU82Jo>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- APLICADA, Instituto de Pesquisa Econômica. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em: 8 jun. 2019.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BALERA, Wagner. MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 10^a ed. São Paulo: Método 2014.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Carta de 1988 é um marco contra discriminação**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Lltb0Z> Acesso em: 20 abr. 2019.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRAMANTE, Ivane Contini. **Pessoa Transgênero: Aposentadoria Compatível com a Identidade Psicossocial**. In: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário. Ano XVII - n. 85 – jul.-ago. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resoluções**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2ZcR79x>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **I Jornada de Direito de Saúde**. 2014. Disponível em: <https://www.bit.ly/2dfMyE6>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. Constituição (1967). Constituição do Brasil de 1967 (Anais). Brasil, DF, Câmara dos Deputados, 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://bit.ly/2MEKdZa>. Acesso em: 1º abr. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasil, DF, Senado, 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://bit.ly/1bJYlGL>. Acesso em: 1º abr. 2019.

_____. Decreto n. 7.388, de 9 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 dez. 2010. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Z3DiKp>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.bit.ly/2okma42>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Brasília, 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.bit.ly/21qQwLU>. Acesso: 22 set. 2018.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Inicial da ADI 4275, 2009**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Mp04em>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. Ministério da Economia. **Exposição de Motivos n. 29**. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bit.ly/2VXcklN>. Acesso em: 1º mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 678933**, 3ª Turma, Brasília, DF, 21 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.bit.ly/2MuskvM>. Acesso em: 2 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1008398**, 3ª Turma, Brasília, DF, 18 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.bit.ly/2WtoNC1>. Acesso em: 1º abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 625446**. 2ª Turma. 12 de agosto de 2008. Disponível em: <https://wwwbit.ly/2XoHWC2>. Acesso em: 1º mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 7054**. 2018. Brasília, DF. 28 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2F2iYBF>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante (PSV) n. 118**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2VVDvx3>. Acesso em: 29 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 670422**. 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2HjxOpQ>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1626739**, 4ª Turma, Brasília, DF, 1º de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.bit.ly/2MkxjPC>. Acesso em: 2 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**, Plenário, 1º de março de 2018. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Xbuvp7>. Acesso em: 1º abr. 2019.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

- CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de Campos. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2017.
- CASTOLDI, Marcela. MULLER, Eugélio Luis. **Transexuais e as regras de aposentadorias**. In: MOTTA, Marianna Martini. MAUSS, Adriano. Direito previdenciário e a população LGBTI. Curitiba: Juruá, 2018.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CORTÊS, Iáris (Org.). RODRIGUES, Almira (Org.). **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente**. Brasília: Letras Livres. 2006.
- CRUZ, Celso Henrique da. **Transexuais e aposentadoria previdenciária no regime geral de previdência social**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2Mn8UZJ> Acesso: 1º nov. 2018.
- CUNHA, THAÍS. Transexuais são excluídos do mercado de trabalho. **Correio Braziliense**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2ufPW1r>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- DA CRUZ, Rodrigo Chandohá. **A concessão de Aposentadoria ao Transexual equivalente ao sexo adequado**. Curitiba. ed. CRV, 2014
- DIAS, Marina. Maia diz que falta de clareza de políticas de Bolsonaro dificulta aprovação da Previdência. **Folha de S. Paulo**. 14 mai. 2019. Disponível em: <https://www.bit.ly/2JnM7L1>. Acesso em: 18 mai. 2019.
- FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **A Pessoa Transgênera e o Reconhecimento do Direito de ser Mulher: Promoção da Dignidade Humana e Garantia de Desenvolvimento Pessoal**. In: FERRAZ, Valença Ferraz (Coord.). Manual dos Direitos da Mulher. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. DOS SANTOS, Marcelo Alves. **Os impactos da jurisprudência do STF sobre transgênero no âmbito da previdência social**. In: Juris Plenum: previdenciária, v. 7, n. 25, pp. 117-134, fev.2019.
- FRASER, Roberta Tourinho Dantas. LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2EpcKLP>. Acesso em: 20 abr. 2019.

GAUDENZI, Paula. **Intersexualidade: entre saberes e intervenções**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2HH1bQH>. Acesso em: 5 abr. 2019.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6ª ed. São Paulo: Penso, 2011.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **A transexualidade e a questão da aposentadoria**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2K55jwV>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. **CNJ padroniza alteração de nome de pessoas trans em cartório; burocracia imposta por conselho é criticada por especialistas**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2VJvSK9>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. **Homem perde pensão de pai ex-militar da Marinha depois de mudança de gênero**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2YMG4Ue>. Acesso em: 10 mai. 2019.

IBHAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: Conceitos e termos**. 2ª ed. Brasília: 2012. Disponível em: <https://www.bit.ly/2rO306c>. Acesso em: 22 mai. 2019.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Uma introdução aos estudos transgêneros**. Curitiba: Transgente, 2015.

LAVINAS, Lena. **Faz sentido haver idades diferentes para aposentadorias de homens e mulheres? Sim**. 23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bit.ly/2wmOI51>. Acesso em: 25 mai. 2019.

MARTINELLI, Andréa. **Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental**. Disponível em: <https://www.bit.ly/2tc7LZ8>. Acesso em: 22 mai. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Marco Aurélio. **25 anos de interpretação constitucional – Uma história de concretização dos direitos fundamentais**. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. A

Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013.

MIGALHAS. **Oficial do MP/SP que mudou de sexo tem direito a aposentadoria feminina.** Disponível em: <https://bit.ly/2LapBGp>. Acesso em: 8 jun. 2019.

ODEVEZA, José. **Mesmo com regulamentação do CNJ, população transexual ainda enfrenta problemas na retificação do registro civil em cartório.** Disponível em: <https://www.bit.ly/2Jwzh91>. Acesso em: 20 abr. 2019.

PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **Previdência social e transgêneros: proteção previdenciária, benefícios assistenciais e atendimento à saúde para os transexuais e travestis.** Curitiba: Juruá, 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade.** Belo Horizonte: Editora Jurídico Lê. 1990.

ROJAS, Ana Gabriela. A Índia reconhece os transexuais como um “terceiro gênero”. **El país.** 15 abr. 2014. Disponível em: <https://www.bit.ly/2QzjMlO>. Acesso: 10 abr. 2019.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O Princípio da Igualdade.** Disponível em: <https://www.bit.ly/2kVxK26>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SÃO PAULO, Prefeitura. **Projeto Reinserção Social Transcidadania.** Disponível em: <https://www.bit.ly/2pYnGbl>. Acesso em: 1º mai. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Aguiar Ferreira da. **O risco social e o direito previdenciário em tempo de reforma.** Disponível em: <https://www.bit.ly/2JZE6t>. Acesso em: 21 mai. 2019.

SILVA, Carolina Dias Martins da Rosa e. **Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia.** Disponível em: <https://www.bit.ly/2JZS6n2>. Acesso em: 10 abr. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TRANSEXUAIS, Associação Nacional de Travestis e. **99% da população LGBTI não se sente segura no Brasil.** 21 maio 2019. Disponível em: <https://www.antrabrasil.org/noticias/> Acesso em: 22 mai. 2019.

A APLICAÇÃO DO *SURSIS* NOS CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E A REALIDADE PRÁTICA DO JUIZADO DO NÚCLEO BANDEIRANTE

Kelly Brito de Sousa

Resumo: O objetivo da presente pesquisa é refletir em que medida a aplicação do *sursis* nos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher contribui ou não para o enfrentamento da violência doméstica. Foram utilizadas pesquisas bibliográficas e análise *in loco* da realidade do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Núcleo Bandeirante no Distrito Federal. A hipótese inicial foi refutada, concluindo-se que o uso das medidas protetivas se mostra bem mais eficiente no combate da violência do que o *sursis*.

Palavras-chave: Violência doméstica. *Sursis*. Medidas protetivas. Gênero. Feminismo

Abstract: The aim of this research is to reflect about what extent the application of *sursis* in crimes committed with domestic violence against women contributes or not to the confrontation of domestic violence. Bibliographic research and *in loco* analysis of the reality of the Court of Domestic and Family Violence against Women in Núcleo Bandeirante at Federal District were used. The initial hypothesis was refuted, concluding that the use of protective measures proves to be much more efficient in combating violence than *sursis*.

Keywords: Domestic violence. *Sursis*. Protective measures. Genre. Feminism

INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa consiste na aplicação da suspensão condicional do processo – o *sursis* processual da Lei nº 9.099/95 - no processamento dos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher.

Desde a edição da Lei dos Juizados Especiais, boa parte dos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico passou a atrair a aplicação dessa Lei, em virtude de sua competência para o processamento das infrações de menor potencial ofensivo (aquelas cuja pena máxima de detenção não ultrapassa quatro anos). É que a maioria dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher são justamente os delitos considerados de menor complexidade em virtude da pena

máxima que lhes é aplicada (por exemplo, a lesão corporal leve (3 meses a 1 ano), a ameaça (1 a 6 meses), a injúria (1 a 6 meses), a calúnia (6 meses a 2 anos, a difamação (3 meses a 1 ano), o dano (1 a 6 meses), a violação de domicílio (1 a 3 meses), etc.).

Entretanto, com a edição da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha (LMP), houve o afastamento da aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher independentemente da pena aplicada, por força expressa de seu artigo 41¹.

A despeito da vedação trazida pela Lei Maria da Penha, muitos juízes continuaram aplicando a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais no processamento daqueles crimes coibidos pela Lei Maria da Penha².

Assim, surge a inquietação para investigar: em que medida a vedação de aplicação do *sursis* contribui com ou impede o enfrentamento da violência doméstica nas ações relacionadas à Lei Maria da Penha?

Como hipótese inicial, tem-se que a vedação de aplicação do *sursis*, a despeito de atender a previsão legal expressa, pode se tornar um óbice ao enfrentamento da violência doméstica, uma vez que limita o enfrentamento à pura aplicação da pena ao final do processo, em caso de condenação, sem possibilitar o uso de outros mecanismos que colocariam o agressor em observação por tempo superior até que o da própria pena.

Para tanto, a pesquisa se deu por meio de análise de bibliografia e jurisprudência sobre o tema e, ainda, pelo estudo *in loco* de como se dá o enfrentamento da violência doméstica no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante no Distrito Federal³.

Primeiramente, será feita uma análise das transformações da legislação sobre a violência contra a mulher no Brasil, desde as Ordenações Filipinas no Brasil colônia ao nascimento da Lei Maria da Penha, com o intuito de demonstrar que as conquistas das

¹ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. (Lei nº 11.340/06)

² Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (Lei nº 9.099/95)

³ No Distrito Federal, existem 19 Juizados de Violência Doméstica e Familiar.

mulheres refletidas hoje não só na LMP, mas também em outras circunstâncias sociais, não se deram da noite para o dia, mas foram fruto de intensa mobilização do movimento de mulheres.

Após, entra-se na análise de fato da aplicação do sursis e dos benefícios defendidos por parte da doutrina, em comparação à experiência prática do processamento dos crimes no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante, no Distrito Federal.

Por fim, fala-se da educação do agressor como ferramenta de extrema importância no combate da violência contra a mulher, uma vez que vê o conflito não apenas da perspectiva do passado, do que já aconteceu, mas, também, da perspectiva do futuro, focando a prevenção.

1. TRANSFORMAÇÕES DA LEGISLAÇÃO SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Muitos ainda não sabem, mas grande parte dos direitos e das conquistas de que várias mulheres podem usufruir hoje são fruto de um longo processo de enfrentamento e luta por parte de grupos específicos de mulheres. Grupos que começaram a se organizar com o intuito não só de denunciar as históricas desigualdades existentes entre mulheres e homens, mas também de exigir um tratamento de igualdade entre eles no exercício de seus direitos políticos e civis.

Falando dos abusos e maus tratos sofridos pelas mulheres hoje considerados violação dos direitos humanos, nem sempre foram compreendidos como tal pela legislação brasileira.

Desde o período colonial, com a legislação portuguesa trazida para o Brasil (as Ordenações Filipinas), a relação entre o masculino e o feminino já se dava de forma hierarquizada, consolidando posições de poder e dominação do homem sobre a mulher.

Segundo as Ordenações Filipinas, que permaneceram em vigor até o Código de 1916, as mulheres deveriam ser tuteladas, devido à “fraqueza do seu entender”, e, caso

fossem casadas, tal fraqueza ou incapacidade seria suprimida pelo cônjuge, constituído como seu representante legal.

As Ordenações, ainda, isentavam de pena os que ferissem ou castigassem as suas mulheres, desde que moderadamente, de pau ou pedra. Também permitia aos homens matá-las por motivo de cometimento de adultério. (Livro V, Título XXXVI, parágrafo 1º).

[...]

E estas penas não haverão lugar no que tirar arma, ou ferir em defesa de seu corpo e vida, nem nos scravos captivos, que com pao, ou pedra ferirem, nem na pessoa, que fôr de menos idade de quinze anos, que com qualquer arma ferir, ou matar, ora seja captivo, ora fôrro, **nem nas mulheres, que com páo ou pedra ferirem**, nem nas pessoas, que tirem armas para estremar, e não ferirem acintemente, **nem em quem castigar criado, ou discípulo, ou sua mulher, ou seu filho, ou seu scravo**, nem em Mestre, ou Piloto, que castigar marinheiro, ou servidor do Navio, em quanto stiverem sob seu mandado. (BRASIL, 1595/1603)

Embora nosso primeiro Código criminal de 1830 tenha afastado parte dessas normas, e embora a Constituição de 1824 tenha instituído igualdade formal a todos, ele ainda refletiu muito dos costumes daquela sociedade patriarcal ao instituir, por exemplo, que o adultério cometido pelo homem casado só constituiria crime se o relacionamento fosse público e estável, enquanto que o adultério da mulher constituiria crime em qualquer hipótese. Este código também trouxe uma tendência de mediação em caso de conflitos.

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos. A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente. (BRASIL, Código 1830)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. (BRASIL, Constituição 1824)

Em seguida, os chamados crimes de paixão ganharam força com a promulgação do Código Penal de 1890, onde era previsto ser isento de pena quem estivesse em completa privação dos sentidos. Essa previsão se tornou o principal argumento de defesa dos réus homicidas de suas mulheres.

Já no Código Penal de 1940, em vigor, essa previsão foi claramente rechaçada, ao prever em seu art. 28 que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. Entretanto, segundo Correia (1981, p. 61), foi construída uma nova tese à margem do Código, a tese da legítima defesa da honra, para fundamentar a absolvição dos autores de homicídio de suas parceiras. Essa tese passou a vigorar por muito tempo no judiciário, sendo acolhida durante um longo período para absolver acusados de matar suas mulheres.

Até que, apenas em 1991, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.517, afastou definitivamente a figura da legítima defesa da honra.⁴

No âmbito da vida civil, cabe ressaltar que a conquista do direito ao voto feminino se deu em 1932, no Código Eleitoral Provisório - Decreto nº 21.076/1932, mas, mesmo tendo sido uma conquista importante para a época, não houve por parte da sociedade uma inclinação a uma análise mais profunda e autoavaliativa da condição da mulher.

O próprio Código conferiu um caráter dispensável à participação do eleitorado feminino.

Art. 121. Os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral. (BRASIL, 1932)

Pelo breve contexto histórico, é possível notar a existência de inúmeras e insistentes justificativas para legitimar a desigualdade entre mulheres e homens.

⁴ RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DUPLO HOMICÍDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTÉRIO. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS (ART. 593, PARÁGRAFO 3, DO CPP). Não há ofensa a honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Himenez de Asua (El criminalista, ed. Zavalia, b. Aires, 1960, t.iv, p.34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança. O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25, do Código Penal. A prova dos autos conduz a autoria e a materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não à pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adular, não preservou a sua própria honra. Nesta fase do processo, não se há de falar em ofensa a soberania do júri, desde que os seus veredictos só se tornam invioláveis, quando não há mais possibilidade de apelação. Não é o caso dos autos, submetidos, ainda, à regra do artigo 593, parágrafo 3, do CPP. Recurso provido para cassar a decisão do júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento (BRASIL, STJ, 1991).

Esta construção social de papéis mais importantes do que outros passou a legitimar uma violência de gênero, fundada numa relação de poder do homem sobre uma submissão da mulher por causa dessa relação de poder (BIANCHINI, 2018).

A violência de gênero traz consigo um cenário de papéis sociais determinados, aos quais são atribuídos pesos com importâncias diferenciadas (papel social masculino *versus* papel social feminino). Logo, a violência de gênero trata-se de uma construção social, muitas vezes legitimada pelo próprio Estado, conforme demonstrado.

A violência doméstica tem sido compreendida como a radicalização dessas desigualdades nas relações entre homens e mulheres, desigualdades essas que foram construídas socialmente. Por vezes vista e tratada como objeto, essa condição social imposta à mulher foi elemento propulsor da organização de movimentos feministas em busca de uma renovação e construção de um novo paradigma.

Os movimentos feministas de resistência às práticas de desigualdade, opressão e abuso oferecidas às mulheres vem, ao longo dos anos, tentando desconstruir esse legado do Brasil colônia. Esse processo contínuo de lutas pela emancipação das mulheres gerou impactos históricos na legislação brasileira, tendo início na década de 70 com a resistência feminista já na ditadura militar.

Em meio às demandas de anistia de homens e mulheres vítimas da violência militar, o enfrentamento organizado dessa visão institucionalizada da desigualdade da mulher frente o homem se deu por um segmento de mulheres que se empenharam em denunciar uma violência sofrida pelas mulheres dentro do âmbito do próprio lar, tendo sido cunhada à época a expressão “violência contra a mulher”.

Naquele contexto político de reivindicações por uma redemocratização do país e consequente fim da ditadura, os movimentos feministas definiram pautas específicas para as mulheres, como, por exemplo, o direito a creches e também ao trabalho doméstico. Depois, foram sendo incorporados temas como sexualidade, direito a contracepção e violência doméstica.

Esse feminismo brasileiro, que começa nos anos 70 em meio à ditadura, tem início com grupos de mulheres organizados, cuja primeira reivindicação era a defesa das mulheres contra a sistemática violência que sofriam.

Com as dificuldades inerentes àquele período ditatorial, esses grupos de mulheres conseguiam certa visibilidade por meio de seminários que tinham como propostas a defesa da democracia, a defesa das mulheres contra a violência, a defesa dos direitos das mulheres à saúde, temas quanto à reprodução e a direitos sexuais. (ZANOTA, 2015)

No âmbito das políticas públicas, a primeira resposta do Estado às pautas daqueles grupos de resistência foi a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher - DEAM, em 1985.

Uma vez que as tipificações penais existentes à época não contemplavam o viés das formas de violência contra a mulher, os agentes que atuavam no registro das ocorrências ficavam adstritos aos tipos penais estabelecidos.

Isso acarretava um registro dos fatos ocorridos e narrados pela vítima unicamente pela perspectiva do agente, que os filtrava e os ressignificava, ocasionando que a maioria dos registros se resumiam a apenas 8 categorias ou tipificações, contra 40 tipificações após o advento da legislação de enfrentamento à violência contra a mulher (a Lei Maria da Penha), como sugere o trabalho de Bandeira (2009).

vale lembrar que, em 1993, na primeira pesquisa realizada na dEam criada em 1986, em Brasília, os registros dos delitos eram restritos apenas a oito categorias/tipificações, de acordo com o Código Penal. Em 2006, quando se retornou a coleta de dados, os registros (Boletins de Ocorrência) compreendiam mais de 40 tipificações registradas. Daí podem decorrer duas hipóteses: a) houve uma interpretação das/os agentes em relação ao dito; b) as/os agentes passaram a registrar as queixas a partir da narrativa das mulheres agredidas. Nas duas hipóteses prevalece a expectativa de que as/os agentes públicas/os tinham poucos conhecimentos sobre as dinâmicas da violência de gênero. (BANDEIRA, 2009, p. 432)

Outro efeito das Delegacias Especializadas foi o entendimento de que a violência contra a mulher se resumia na conjugal e/ou doméstica. Esse entendimento passou a ser superado na década de 90 com a revelação de várias outras formas de violência contra a mulher (abuso sexual infantil no espaço doméstico, assédio sexual, práticas discriminatórias no acesso ao trabalho etc.) (ILB, 2019, p. 23).

Apesar dessa constatação, as DEAMs tiveram o seu papel positivo de expressarem à sociedade o fato de que a violência contra a mulher é um problema amplo,

de saúde pública, e que envolve toda a sociedade brasileira, tirando a ideia individualizada de ser a violência um problema particular da mulher.

Os temas discutidos pelos grupos feministas em seus seminários em meio ao cenário ditatorial da década de 70 continuaram se desenvolvendo no Brasil, até que, nos anos 80, várias organizações de mulheres vão à Constituinte e, por meio do chamado *lobby* do batom, conseguem introduzir na Constituição brasileira a igualdade de gênero. (ZANOTA, 2015)

Pode-se dizer que o grande marco para o direito das mulheres no Brasil foi a Constituição de 1988, porque previu em seus dispositivos que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, no inciso I do art. 5º. Previu que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, no § 5º do art. 226.

Foi um marco também porque atribuiu ao Estado a obrigação de intervir nas relações familiares, coibindo a violência no seio da família e prestando assistência às pessoas do conflito: “Art. 226, § 8º: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Rumando da Constituinte de 1988 até o nascimento de fato da Lei nº 11.340/2006 - a Lei Maria da Penha, houve forte atuação dos movimentos de mulheres para promover mudanças na legislação.

Para que a LMP se tornasse possível, a iniciativa desses grupos para a construção de um marco legal de enfrentamento da violência doméstica se deu de forma aguerrida, a fim de impulsionar as modificações sociais necessárias.

Fruto de persistente organização das mulheres nos movimentos sociais, a Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha surgiu no Brasil como resultado de estratégias de enfrentamento da invisibilidade da violência doméstica contra a mulher no País.

Além da previsão constitucional de obrigação do Estado de criar mecanismos para coibir a violência nas relações familiares (CF, art. 226, § 8º), a Lei Maria da Penha teve influências da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, de 1979, promulgada em 1984 pelo Decreto nº 89.460; e da

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará, de 1994.

No âmbito das normativas internacionais de proteção dos direitos humanos, a CEDAW (ou Convenção da Mulher), como primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres, foi um grande avanço uma vez que gerou para os Estados que a ratificaram a obrigação de adotarem as medidas que fossem necessárias para se alcançar a eliminação da discriminação contra a mulher em todas as suas formas, e ainda modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, para o alcance da eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

Artigo 5º

Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para: a) modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres; b) garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos. (BRASIL, 1984)

Com uma tônica de proteção integral a mulher, a Lei Maria da Penha trouxe como objetivos a coerção e a prevenção da violência de gênero no âmbito de uma relação íntima de afeto ou no âmbito doméstico e familiar.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - **no âmbito da unidade doméstica**, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - **no âmbito da família**, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006) (g.n)

A Lei Maria da Penha insere-se no contexto de medidas especiais de caráter temporário ou ações afirmativas, ou seja, representa uma das medidas apresentadas pelo Estado para permitir que ocorra o aceleração da igualdade de fato entre homens e mulheres.

Trata-se de um projeto de transformação de representações de gênero, com vistas a uma incorporação efetiva da ideia da mulher como um sujeito autônomo e cidadão.

As medidas lá estabelecidas são destinadas ao empoderamento das mulheres a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas.

A Lei tem um caráter transitório e vigorará enquanto as circunstâncias que a justificarem estiverem presentes. Constitui-se num protocolo a ser seguido para se chegar a determinado objetivo.

Assim sendo, seria razoável crer que eventuais atalhos e adoções de procedimento diverso do estabelecido na Lei atrasariam o alcance dos fins sociais a que ela se destina e aos objetivos nela previstos.

Nesse sentido, ganham espaço inquietações acerca da ainda permanente escolha de juízes no enfrentamento da violência doméstica ao oferecerem aos autores desses crimes medidas despenalizadoras, mais especificamente a suspensão condicional do processo – o *sursis*, previsto na Lei nº 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais.

A Lei dos Juizados Especiais surgiu em cumprimento ao art. 98 da Constituição Federal com o propósito de disciplinar o processamento e o julgamento das causas de menor complexidade, compreendidas entre estas as infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapassasse dois anos.

Com sucesso, essa Lei trouxe à presença do Estado uma série de violações que antes ficavam perdidas nas varas criminais frente ao peso dos crimes considerados mais graves (homicídios, roubos etc.).

Concedeu visibilidade a essas infrações e ampliou o acesso à justiça das vítimas, com rito mais célere e mais focado na resolução dos conflitos, tendo como princípios norteadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e

celeridade, com o objetivo de perseguir, sempre que possível, a reparação dos danos e a aplicação de outra pena que não seja a pena privativa de liberdade.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995)

A Lei trouxe a reboque, também, a violência sistemática e invisível que era praticada contra mulheres em seus lares, em forma de ameaças, injúrias, danos, todos crimes com penas máximas até 2 anos, requisito para aplicação do rito da Lei nº 9.099/95.

Com o surgimento dos JECRIMs (Lei nº 9.099/95), foi inaugurado um novo modelo de justiça criminal mais orientado por um viés de autocomposição e de busca de consenso.

Como dito, destinados ao processamento dos crimes de menor potencial ofensivo, passaram a receber muitos processos referentes a crimes de violência doméstica contra as mulheres (BANDEIRA, 2008, p. 416).

A busca da redução do clássico sistema punitivista, face a uma falência da aplicação das penas privativas de liberdade aliada também a falência do sistema penal de ressocialização, e o modo célere de encarar as lides de menor potencial ofensivo levou a um alto índice de arquivamentos.

O modelo da Lei nº 9.099/95, mais marcado por uma tônica conciliativa, por um lado se mostrou razoável na lida daquelas práticas relegadas à margem nas varas criminais, solucionando conflitos interpessoais menos graves; entretanto, por outro lado, se mostrou num desastre para tratar das graves violações de direitos humanos no âmbito doméstico, porque seus parâmetros de enfrentamento de algo menos potencialmente ofensivo não serviu ao fenômeno da violência doméstica, pautado pelas reais e concretas desigualdades existentes no âmbito familiar, devido ao já anteriormente contextualizado modelo sexista e patriarcal ao qual se assentou a sociedade brasileira desde os idos do Brasil colônia.

Os movimentos denunciastas das práticas de arquivamento dos processos de crimes de violência doméstica se justificaram por aquele contexto de total ausência de um olhar do Estado para a prática criminosa, sempre devolvendo a resolução do conflito para

o âmbito familiar e com amparo das medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados. Dentre essas medidas está a suspensão condicional do processo, o *sursis* processual.

Previsto no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais, o *sursis* consiste numa suspensão do processo colocando o agressor sob observação, por um período de 2 a 4 anos, impondo-lhe algumas condições, como as seguintes: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; não ser processado, no curso do prazo, por outro crime; não deixar de reparar o dano; não ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta. O juiz pode ainda fixar novas condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. (BRASIL, Lei nº 9.099/95)

O art. 41 da Lei Maria da Penha prevê expressamente que não se aplica a Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

Ainda assim, muitos juízes e tribunais seguiram aplicando a Lei nº 9.099/95 como rito de processamento dos crimes praticados com violência doméstica cujas penas não passavam de dois anos. Essa forte tendência foi encarada pelos movimentos feministas como forma de desqualificar a Lei Maria da Penha, em clara afronta ao seu art. 41.

Pela constante insistência na aplicação da Lei dos Juizados Especiais, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade integral da Lei na Ação Direta de Constitucionalidade nº 19, de 9 de fevereiro de 2012⁵.

Esse entendimento também foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, que pela edição da Súmula Vinculante nº 536 do STJ, de 15 de junho de 2015, estabeleceu que: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.” (BRASIL, STJ, 2015)

De fato, segundo CAMPOS (2003, p. 156), a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), diferentemente da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), não foi inspirada por uma teoria feminista das relações de gênero, mas possui como paradigma as condutas masculinas, condutas de crimes de homens contra homens, sem levar em conta a relação estruturante que existe entre a violência doméstica e a hierarquização entre os papéis masculino e feminino. Diferentemente, existe agora a Lei Maria da Penha, que jogou luz a todo o cenário da violência doméstica no Brasil.

A promulgação desta Lei representou um importante passo para todos aqueles atores sociais envolvidos e demandantes do Estado por uma proteção especial às mulheres, contribuindo para o reconhecimento de um novo sujeito de direito, a “mulher em situação de violência” (SIMIAO e OLIVEIRA, 2016, p. 846).

⁵ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI Nº 11.340/06. GÊNEROS. MASCULINO E FEMININO. TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI Nº 11.340/06. JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. REGÊNCIA. LEI Nº 9.099/95. AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

Assim, para a corrente que defende a aplicação do *sursis* processual, o oferecimento de uma medida despenalizadora pode carregar em si outro condão que não apenas o de beneficiar o autor do crime ou de simplesmente dar uma ótica de resolução familista ao conflito. (MORATO, 2011, p. 110)

É como se a existência da Lei Maria da Penha conferisse maior segurança ao uso dos institutos da Lei nº 9.099/95, pois agora há uma proteção maior a mulher, de modo que o *sursis* de agora não ofereceria riscos à persecução do crime, já que teria como pano de fundo todo o arcabouço da LMP.

Na seara de tal entendimento, em caso de oferecimento da suspensão condicional do processo, se essa suspensão for aliada a um acompanhamento do agressor e da vítima, pode surtir maior efeito que a simples aplicação de uma pena, por vezes baixíssima, dada a tipificação do crime (por exemplo o crime de ameaça cuja pena é de detenção, de um a seis meses, ou multa). (MORATO, 2011, p. 112)

Daí nasceria a necessidade de se reinventar do Direito, dada a dinâmica das relações sociais. O Direito por vezes precisa ser criativo para cumprir a tarefa de trazer a aplicação de justiça.

Sobre a dificuldade do Direito em às vezes corresponder à dinâmica das relações sociais, de fato, nem sempre o direito penal foi capaz de traduzir a violência doméstica como o faz nos dias de hoje (ou pelo menos o tenta fazer por meio da legislação que temos – Lei Maria da Penha).

Para PRANDO (2016, p. 125), como algumas violências não deixam marcas na pele ou na carne, mas em lugares que não são possíveis de tradução pelos códigos linguísticos postos e pela linguagem do direito, por vezes o suporte do ver que os diversos agentes operadores do direito carregam em si (policiais, delegados, promotores, juízes, advogados) não permite ouvir ou ver o que exatamente relatado pela vítima da violência. Às vezes, os registros íntimos da vítima não encontram lugar no léxico do Direito.

No direito brasileiro, no que toca ao reconhecimento da violência doméstica no campo penal, embora a Lei Maria da Penha descreva a violência psicológica como uma das formas de violência doméstica, as decisões penais não a reconhecem. Tal invisibilidade não ocorre simplesmente porque não existe um tipo penal específico, mas porque mesmo podendo lançar mão de tipificações penais adequadas, os atores jurídicos (nomeados aqui no masculino, por inferir que homens ou mulheres tendem a reproduzir um padrão patriarcal e sexista do direito)

não representam a existência de determinados atos como violência. (PRANDO, 2016, 125)

A própria qualificação do ato em um tipo penal, que tem início já desde a delegacia, é o primeiro momento em que uma gama multifacetada de conflitos é reduzida a uma linguagem e a uma lógica propriamente jurídicas, as quais não necessariamente correspondem em significação igual a que foi dada pelos envolvidos no conflito.

Ao considerarmos que a tipificação na maioria das vezes sofre sucessivas mudanças (desde a delegacia, passando pela promotoria e terminando com o juízo), como sugere o trabalho Simião e Oliveira (2016), temos um indicador do conjunto de especificidades que devem ser levadas em conta na análise da judicialização dos conflitos como estratégia de efetiva resolução e promoção de mudanças e atitudes nos sujeitos envolvidos.

É comum, por exemplo, que um processo exiba mais de um tipo penal em sua capa. Dos processos estudados, 51% traziam dois ou mais tipos na capa - produzidos ainda pelo inquérito policial, mas nem sempre mantidos no momento da sentença. Muitos dos crimes indicados inicialmente são desqualificados pelo juiz na sentença, fazendo com que, ao final, se verifique um aumento no percentual de casos com apenas uma tipificação. (SIMIÃO e OLIVEIRA, 2016, p. 850)

As especificidades dos casos de violência doméstica nem sempre encontram correspondência com o direito penal moderno.

O processo penal é uma lupa que se sobrepõe ao conflito e através da qual são vistos os atores que o compõem (vítima, réu etc.). Ainda, há como que uma expropriação da vítima do conflito, uma vez que ela passa a ser representada pela figura distante do Ministério Público. Agora, o peso das ações daquele réu passará a ser medido pela balança do Ministério Público, e não mais pela da vítima, que, de fato, suportou os resultados de tais ações.

Essa dinâmica pode gerar um processo de exclusões discursivas, na medida em que o suporte do ver da vítima é diferente do suporte do ver do operador do direito (PRANDO, 2016, p. 128).

A encenação ritualística jurídica do processo penal pouco pode servir para a complexa situação de violência doméstica em que pode estar uma mulher.

É por isso que o Direito e seus operadores precisam ser tão criativos quanto possível for para lidar com tais situações.

Nesse sentido, é possível dizer que práticas de justiça mais inclinadas a uma escuta das partes e a rituais de construção de um compromisso por parte do autor do crime podem surtir maior efeito de justiça aos envolvidos no processo (SIMIAO e OLIVEIRA, 2016, p. 849).

2. ARTIGO 89 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS VS. O ARTIGO 41 DA LEI MARIA DA PENHA: APLICAÇÃO DO *SURSIS* OU OBEDIÊNCIA ADSTRITA À PROIBIÇÃO DA LMP

Pela breve análise da dinâmica do processamento do crime de violência doméstica feita em linhas anteriores, é possível concluir que até mesmo a tipificação de um ato no âmbito da violência doméstica não decorre da simples aplicação da lei, mas perpassa também por um complexo arcabouço de interpretações feitas pelos diversos operadores do direito.

O sentido do crime acaba passando por um filtro de valores e representações presentes na ótica daqueles operadores (juízes, delegados, promotores, defensores etc.). Nesse sentido, a opção pela resolução do conflito por meio da suspensão condicional do processo possui uma linha muito tênue entre o fato de ser uma estratégia a mais para melhor controle e coerção do agressor ou ser uma ideologia pessoal da harmonia familiar como um valor a ser exaustivamente perseguido.

Talvez essa linha seja a raiz da preocupação da opção legislativa no art. 41 da Lei Maria da Penha ao proibir a aplicação da Lei dos Juizados nos casos de violência doméstica.

A despeito de toda a trajetória dos movimentos feministas, os quais contribuíram para o avanço dos direitos das mulheres, tendo como frutos a Lei Maria da Penha, há hoje o fantasma do *sursis*, que é visto como temerário de ser aplicado no processamento dos crimes praticados com violência doméstica, sob pena de ferir a essência da LMP.

Nesse sentido, em que medida o *sursis* obstará o enfrentamento da violência doméstica ou contribuirá para este enfrentamento?

Alinhado ao questionamento a que se propôs responder a presente pesquisa, é importante considerar que grandes desafios exigem grandes esforços, e o fenômeno da violência doméstica tem se provado um fenômeno que desafia o sistema de justiça criminal no seu combate, controle e redução.

Dessa forma, instrumentos tradicionais de pura subsunção à lei dos delitos tipificados na legislação penal tradicional parecem não se mostrarem suficientemente eficazes.

Para além desses instrumentos tradicionais, seriam necessários instrumentos que desmontassem o ciclo da violência e, ainda, permitissem o mapeamento e a identificação dessa violência, inclusive com pesquisa científica contínua para acompanhamento dos efeitos do uso de práticas criativas no teste da realidade, segundo Morato (2011).

O reconhecimento do ciclo da violência como estruturante e mantenedor das reiterações criminosas em violência doméstica, bem como sua insofismável influência potencializadora da dificuldade de controle desse tipo de crime nos fazem crer que **são necessários instrumentos novos e específicos para desmontá-lo.**

Instrumentos que respeitem a essência da Lei Maria da Penha e, atendendo o seu espírito flexível, **criem novas formas de mapeamento, identificação e enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.** (MORATO et. al., 2011, p. 105)

A construção de um modelo que seja realmente eficaz perpassa pela adoção de práticas criativas mais comprometidas com o teste das ruas, dos fóruns, das salas de audiência, dos lares brasileiros, do que voltadas apenas à tradicional interpretação lógica, teleológica, literal (idem, 2011, p. 109).

Nesse sentido, institutos que permitam uma margem de criatividade como, por exemplo, a suspensão condicional do processo, seriam mais eficazes.

Aqui se encontra o questionamento ensejador da presente pesquisa, qual seja: como se utilizar da suspensão condicional do processo - o *sursis* processual - se o artigo 41 da Lei nº 11.340/2011 diz expressamente que aos casos de violência doméstica não se aplica a Lei nº 9.099/1995.

Como sugere Morato (2011, p. 110), séculos de experiência jurídica acumulada afirmam que a interpretação literal nunca é a que melhor auxilia o intérprete. Ainda, a construção da interpretação de uma lei se dá por um processo lento rumo a uma consolidação histórico-social, consolidação esta que não se mostra inatingível, dado a ser passível de alterações e questionamentos a fim de que se adapte aos anseios de uma sociedade em constante alteração.

Além do mais, o artigo 4º da Lei Maria da Penha também é um grande norteador do entendimento geral da Lei, e manda que se observe os fins sociais a que ela se destina: “na interpretação da Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (BRASIL, Lei nº 11.340/2011).

Dito isso, para visualizar mais um motivo pelo qual a aplicação do *sursis* seria benéfica na visão de Morato (2011), passemos à análise do chamado ciclo da violência, fenômeno que ocorre nos casos de violência doméstica e que deve ser levado em consideração no combate e prevenção a esses crimes.

A teoria do ciclo de violência foi identificada pela pesquisadora e psicóloga Leone Walker (1979, apud ILB, p. 52) e traça três fases do conflito, consistentes em período de tensão, tensão aguda e lua de mel.

Primeiramente, exacerbam-se os conflitos iniciados e começam as ofensas verbais; segundo, a tensão se torna aguda, culminando nas agressões de fato (físicas, sexuais etc.); terceiro, inicia-se a fase do arrependimento e das promessas por parte do parceiro de mudança e de não repetição das práticas. Após um período, o ciclo vem a se repetir, com durações variáveis de cada fase.

Na prática, cada casal tem um ciclo com fases variáveis. Por isso, os atores envolvidos no processamento dos crimes de violência doméstica precisam conhecer desse ciclo, identificando-o e estando a par de suas peculiaridades, o quê demanda tempo.

Com um processo em curso, ainda não finalizado por sentença, e suspenso pela aplicação da suspensão condicional do processo - *sursis* processual, seria possível impulsionar um equilíbrio do poder dentro da dinâmica doméstica com transformações nessa dinâmica que podem romper o ciclo da violência.

Nesse sentido, se bem aplicada, a suspensão condicional do processo mostra-se num instrumento jurídico hábil a permitir a aplicação da Lei Maria da Penha de maneira mais eficaz, concedendo margem de criatividade aos operadores do direito envolvidos no processamento daqueles crimes, no caso concreto.

Mais razões para a utilização do instituto da suspensão condicional do processo no enfrentamento da violência doméstica podem ser delineadas (MORATO, 2011, p. 114-118), tais como a facilitação ao acesso à justiça pela vítima durante o período de prova do agressor (que é de 2 a 4 anos), a qual poderá se dirigir aos órgãos que já estarão tratando de seu caso na hipótese de descumprimento de alguma medida imposta ao agressor; celeridade na responsabilização do autor do crime, pois logo em seguida ele será submetido a condições que tenham conteúdo de responsabilização e em tempo hábil para que não se perca o caráter pedagógico de tal aplicação; interrupção da prescrição; e, ainda, mais cooperação da vítima.

Por esse viés, a vítima que se vê dividida entre a condenação do companheiro, pai dos seus filhos etc., e a vontade de ver rompido o ciclo da violência, pode se sentir mais acalentada com a suspensão condicional do processo e conseqüentemente se mostrar mais cooperativa com o início da ação penal, já que na maioria das vezes a pretensão da vítima não é uma condenação, mas apenas que a instituição faça parar o conflito.

Mesmo nos casos de ação pública incondicionada (lesão corporal leve, por exemplo, cuja pena é de detenção de 3 meses a 1 ano), a colaboração da vítima em falar a verdade se faz muito importante já que na maioria das vezes é o único meio de prova da autoria ou da materialidade do fato.

Logo, o início do processo com conseqüente e rápida responsabilização do companheiro, já que este estará sendo submetido a certas condições, mas sem que a sua “ficha fique suja”, parece soar como o melhor dos mundos para muitas vítimas que têm ainda que lidar com o estigma da culpa de ver seu companheiro processado e condenado. Isso possibilitaria alcançar mais e mais casos e responsabilizar mais e mais agressores.

Outro benefício que traria o instituto da suspensão condicional do processo seria o de evitar-se a extinção da punibilidade pela prescrição. A prescrição regula-se pela pena máxima aplicada ao crime, de modo que os crimes cuja pena máxima é de até 1 ano prescrevem em 3 anos, conforme o art. 109 do Código Penal.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...]

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Neste patamar de pena se incluem a maioria dos crimes ocorridos no âmbito doméstico levados ao judiciário (MORATO, 2011, p. 114 e 115), qual sejam a lesão corporal leve (3 meses a 1 ano), a ameaça (1 a 6 meses), a injúria (1 a 6 meses), a calúnia (6 meses a 2 anos, cuja prescrição se opera em 4 anos), a difamação (3 meses a 1 ano), o dano (1 a 6 meses), a violação de domicílio (1 a 3 meses).

Esses crimes são preparatórios dos crimes mais graves, como estupro e homicídio, e se forem bem enfrentados, com monitoramento adequado e práticas de acompanhamento, podem impedir a evolução da violência.

A suspensão condicional do processo permite também uma avaliação individualizada de acordo com o caso concreto por parte do juiz e do promotor de justiça, os quais poderão eleger as melhores condições a serem impostas ao agressor conforme cada caso.

Para a corrente que defende a suspensão condicional do processo (MORATO, 2011), embora a Lei já tenha nascido com posicionamento claro quanto à proibição da aplicação da Lei nº 9.099/95, é possível adotar interpretação favorável ao fato de tal posicionamento referir-se tão somente ao formato procedimental da Lei dos Juizados Especiais.

Por fim, tal corrente defende que, ainda que ao longo do tempo e das vivências na prática o *sursis* se mostre ineficiente, é importante que se tenha um momento de experimentação, séria e responsável, para avaliações científicas. Até porque tais avaliações científicas se enquadrariam também no que manda a Lei em seu art. 2º e § 3º: “Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput”.

2.1. A REALIDADE PRÁTICA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (JVDFM) DO NÚCLEO BANDEIRANTE NO DISTRITO FEDERAL

Apesar de todos os motivos favoráveis à aplicação do *sursis* anteriormente elencados, não é possível ignorar completamente o artigo 41 da Lei Maria da Penha, o qual veio como brado de rompimento com o modelo anterior calcado numa justiça conciliatória e já assumidamente ineficaz para o adequado enfrentamento da questão da violência doméstica.

É bastante claro que essa previsão do art. 41, por si só, já seria bastante suficiente para obstar que institutos da Lei dos Juizados Especiais, como o *sursis*, fossem utilizados, ainda que sob o argumento da construção de um modelo mais criativo e mais eficaz de enfrentamento dessa chaga social que é a violência doméstica.

Apesar do argumento perpetrado de que a LMP é rígida e relativizadora de garantias fundamentais, na verdade não havia previsão alguma de crime na Lei Maria da Penha até 2018, quando da alteração operada pela Lei nº 13.641/2018, trazendo o crime de descumprimento de medida protetiva.

Esse fato coaduna-se com a interpretação de que a LMP possui uma tônica essencialmente protetiva e preventiva, por predominar nela normas-comando sem tipificações de novas condutas, mas de mecanismos de proteção à mulher.

Nesse sentido, as medidas protetivas previstas na Lei demonstram uma opção legislativa por uma política criminal extrapenal (PIRES, 2011, p. 121) feita pelo legislador para o enfrentamento da violência doméstica.

O *sursis* também possui esse caráter extrapenal, porém ele se mostra infinitamente mais limitado para o enfrentamento da violência doméstica se comparado às medidas protetivas.

A prática do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante mostra que é possível atuar em todas as frentes apontadas como alcançáveis pelo *sursis*, e até mais um pouco.

O JVDFM do Núcleo Bandeirante foi escolhido para compor o arcabouço investigativo da pesquisa porque possui atuação pioneira no combate aos crimes

praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, participando de projetos de peso no Distrito Federal⁶, tendo visibilidade que permite considerá-lo como referência no tema do enfrentamento à violência doméstica no Distrito Federal. Também lá se localiza a sede do Núcleo Judiciário da Mulher - NJM/TDFT, que tem como objetivo propiciar um modelo de atuação judicial que favoreça a plena aplicação da Lei Maria da Penha.⁷

A pesquisa *in loco* neste Juizado consistiu em entrevista realizada com o juiz titular do juizado juntamente com servidores do Núcleo Judiciário da Mulher. Graças a marcante disponibilidade e acessibilidade dos profissionais do Juizado e do Núcleo (tanto do juiz titular quanto da equipe do NJM), foi possível o agendamento da entrevista de forma prática via aplicativo de comunicação de mensagens instantâneas.

Naquele Juizado, todos os encaminhamentos necessários à vítima e ao agressor são efetivados por meio de um processo cautelar que é aberto juntamente com toda medida protetiva que é deferida.

Dentro desse processo cautelar é que são acompanhados vítima e agressor. Desde encaminhamentos a grupos de reeducação do agressor a encaminhamentos aos Núcleos de Atendimento às Famílias e aos Autores de Violência Doméstica – NAFVD⁸, a atuação do juízo não fica adstrita a que o processo fique suspenso para que as equipes multidisciplinares possam agir.

⁶ Projeto Maria da Penha vai à Escola; Projeto MPUE - Medida Protetiva Eletrônica; Acordos de Cooperação Técnica com a Polícia Militar PROVID - Programa de Policiamento de Orientado à Violência Doméstica; Projeto Penas Alternativas; Subprojeto “Compartilhando Saberes: Justiça, Comunidade, Instituição e Indivíduo”, entre outros.

⁷ O Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Distrito Federal - NJM/TJDFT tem por objetivo buscar um modelo de atuação judicial que favoreça o pleno atendimento à Lei 11.340/2006. Entre as competências do NJM/TJDFT está a elaboração de levantamento de dados referentes aos procedimentos inerentes à Lei Maria da Penha; o assessoramento aos juízes dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a implantação de mecanismos de avaliação da satisfação dos usuários e de indicativos para aprimoramento dos atendimentos às famílias em contexto de violência doméstica e familiar. (Texto disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/centro-judiciario-mulher>. Acesso em jul. 2019)

⁸ NAFVD são unidades de atendimento que realizam acompanhamento interdisciplinar com homens e mulheres envolvidos/as em situações de violência doméstica e familiar contra mulheres, por meio de escuta, reflexão e empoderamento de mulheres em situação de violência, e o trabalho de responsabilização, reeducação e reflexão com autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Várias providências de enfrentamento da violência doméstica começam a ser tomadas de pronto, desde o deferimento da medida protetiva, cujo pedido deve ser apreciado e deferido pelo juiz em 48h (art. 18 da LMP).

Enquanto as providências no âmbito das medidas protetivas têm início no máximo em 48h após o pedido da vítima, caso tais providências sejam tomadas dentro do *sursis*, isso será feito em média mais de 8 meses depois do registro da ocorrência, até que venha a ser realizada a primeira audiência na qual será ofertada a condição de suspensão ao agressor.

Ou seja, o uso do processo cautelar aberto junto com o deferimento da medida protetiva ganha em tempo e eficiência quando comparado ao *sursis*, conferindo resposta rápida ao agressor e à vítima.

Mesmo que a medida protetiva venha a ser arquivada, o processo cautelar aberto é independente e segue naturalmente com o acompanhamento dos envolvidos.

Além do mais, pelo art. 30 da LMP, já é possível que se dê todos os encaminhamentos necessários e cabíveis às partes do processo, o que enfraquece o argumento de que o *sursis* é utilizado como alternativa criativa para o combate da violência doméstica.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes. (g.n) (BRASIL, 2006)

Não apenas pelo art. 30, mas também pela previsão de que as medidas protetivas de urgência não se exaurem no rol constante da Lei, o espectro de atuação do magistrado fica bastante ampliado, podendo proceder a imediata aplicação ao agressor de qualquer medida prevista em todo o ordenamento jurídico, inclusive à luz do art. 201, §5º, do CPP: “§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”.

A análise da experiência prática do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante mostra, ainda, o quão este Juizado aposta na educação como enfrentamento da violência doméstica: o projeto Maria da Penha vai à Escola trata-se de Acordo de Cooperação Técnica entre os parceiros Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Secretaria de Estado da Educação do Distrito Federal, Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal, Polícia Civil do Distrito Federal, Polícia Militar do Distrito Federal, Defensoria Pública do Distrito Federal e Ordem dos Advogados Seccional do Distrito Federal, com o objetivo de levar conhecimento básico sobre a Lei Maria da Penha aos alunos da rede pública, por meio da prévia formação dos profissionais de educação.

O curso Maria da Penha vai à Escola, realizado pelo Centro de Aperfeiçoamento dos Profissionais da Educação - EAPE, tem periodicidade semestral, com sua primeira edição em 2016.

A visão do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante sobre o enfrentamento da violência doméstica considera trabalhar os dois momentos do conflito: o passado, trabalhando com o fato criminoso ocorrido e imputado ao agressor na ação penal; e também o futuro, trabalhando com o foco na prevenção, com a proteção da ofendida quando estiver com sua integridade em risco. (VIZA, 2017, p. 53)

Pelo amplo espectro de possibilidades de atuação do magistrado no processamento dos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher exposto pela observação da prática do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante, vê-se que é possível promover um enfrentamento da violência doméstica sem, contudo, cometer irregularidades indo de encontro ao que expressamente prevê a própria Lei bem como os entendimentos sumulados no tocante à aplicação do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

3. EDUCAÇÃO AO AGRESSOR

O enfrentamento da violência doméstica, com todas as peculiaridades que possui, requer uma lógica de aplicação da Lei Maria da Penha no enfrentamento desse fenômeno diferente da lógica típica das varas criminais, que busca a verificação da ocorrência de um crime, identifica seu autor e o pune, pura e simplesmente.

Já sabendo disso, o legislador se preocupou inclusive em prever, dentre outros mecanismos de enfrentamento, a criação e a promoção de centros de educação e de reabilitação para os agressores (inciso V do artigo 34 da LMP).

Essa visão integrada se coaduna com motivo central da Lei que é conferir a proteção máxima e integral a mulher, não se tratando apenas de uma busca de culpados e das suas devidas punições.

Como dito anteriormente, trata-se de uma escolha legislativa por uma política criminal extrapenal, nas palavras de Pires (2011, p. 125), focada também na reabilitação do agressor.

Cuida-se de opção de *política criminal extrapenal*, isto é, não focada primariamente no endurecimento da intervenção penal, na criminalização de condutas e na imposição de penas mais gravosas, mas, antes de mais nada, focada no desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência por parte da própria mulher vítima e na reeducação e reabilitação do ofensor.

Entretanto, é importante salientar que a intervenção penal continua tendo papel primordial. É por meio dela que condutas são tiradas da invisibilidade e é provocada na sociedade mudança de hábitos e procederes sociais fortemente instituídos e cristalizados, sugerindo aos indivíduos o modelo de sociedade que se pretende ter.

A apreciação da aplicação de instrumentos extrapenais não se presta aqui, em absoluto, a possivelmente defender uma postura abolicionista para o enfrentamento da violência doméstica.

Reconhece-se que o Direito Penal é hábil a demonstrar de forma patente que são intoleráveis as constantes violações de direitos humanos a que vinham sendo submetidas as mulheres no âmbito doméstico.

Para algumas feministas, o efeito simbólico do não uso da lei penal seria muito mais nocivo do que o da própria intervenção penal, pois banalizaria e normalizaria a violência contra a mulher (ANITUA, 2008, p. 756-757 apud PIRES, 2011).

A simbologia da ideia da existência de uma pena, associada à prisão, que existe no imaginário da população tem o condão de possibilitar mudanças culturais e a reafirmação do ordenamento jurídico pela possibilidade de retribuição (castigo).

Qualquer encaminhamento extrapenal, como a própria reabilitação e conscientização dos agressores, partirá primeiramente da apresentação do fato ao Estado, que será institucionalizado na Delegacia e seguirá os demais trâmites no sistema de justiça.

A previsão de reeducação do agressor prevista na Lei, na prática, ainda consiste num vazio.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:
[...]
V - centros de educação e de reabilitação para os agressores. (BRASIL, Lei nº 11.340/2006)

Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5001/2016 proposto por sua Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, já aprovado na Câmara, com emendas, e devolvido àquela casa proponente.

A redação original da Ementa do Projeto consistia em: “Acrescenta inciso V ao art. 23 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer, como medida protetiva de urgência à ofendida, a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação”.

É curioso notar que a proposta de frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação viria geograficamente na Lei na Seção III – Das medidas protetivas de urgência à ofendida, e não na Seção II – Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor.

Embora o crime de descumprimento de medida protetiva englobe qualquer medida protetiva prevista na Lei, independentemente de serem protetivas à ofendida ou protetivas que obrigam o agressor, como se depreende da leitura do *caput* do artigo 24-A

(“art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere **medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei**”) (g.n), as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor parecem carregar em si maior cunho de urgência e obrigatoriedade, tanto que o *caput* do artigo 22 que abre as medidas que obrigam o agressor traz maior senso de urgência: “Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, **o juiz poderá aplicar, de imediato**, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: [...]” (g.n), em comparação ao *caput* do artigo 23, que abre a Seção das medidas à ofendida: “Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: [...]”.

O texto da nova Ementa do PL consiste em: “Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial”.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto sofreu alteração no sentido de retirar a previsão de frequência compulsória a cursos e a atividades de orientação e tratamento psicológico, excluir a possibilidade de o agressor frequentar centro de recuperação e reabilitação em caso de dependência de drogas e álcool, e retirar proposta de alteração no Código Penal prevendo entre os efeitos da condenação eventualmente sofrida pelo agressor a frequência em programas de reeducação.

Até porque, quanto à última alteração, a própria Lei Maria da Penha já prevê em seu art. 45 uma alteração ao art. 152 da Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal, para estabelecer que, nas penas restritivas de direitos, em caso de limitação de fim de semana, o juiz poderá determinar o comparecimento do agressor a programas de reeducação.

Art. 45. O art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152. [...]”

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” (BRASIL, Lei nº 11.340/06)

Por se tratar de previsão de aplicação nos casos de pena restritiva de direitos, especificamente na hipótese de limitação de fim de semana, essa previsão parece ter perdido aplicabilidade prática após a edição da Súmula nº 588 do Superior Tribunal de

Justiça, pela qual ficou estabelecida a impossibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de condenação por prática de violência doméstica.

Súmula nº 588 - A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (BRASIL, STJ, 2017)

Sendo assim, o encaminhamento do agressor a programas de reeducação atualmente parece ter momento mais oportuno quando da proposta da suspensão condicional do processo, pois, além das condições elencadas no §1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, o juiz poderá especificar ainda outras condições se estas forem adequadas ao caso concreto.

Art. 89. [...].

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. (BRASIL, Lei nº 9.099/95)

Também é o caso das medidas protetivas de urgência, já que o rol do art. 22 da Lei Maria da Penha é exemplificativo, podendo o juiz deferir outras medidas quando as circunstâncias assim exigirem.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**:

[...]

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de **outras previstas na legislação em vigor**, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

Nesse sentido, o encaminhamento do agressor a algum programa de reeducação e reabilitação já pode ser implementado pelos juízes em caráter de medida protetiva de urgência.

No âmbito legislativo, ainda é embrionária a previsão de alteração da LMP para fazer constar no rol do artigo 22 como uma das hipóteses de medida protetiva o

encaminhamento compulsório do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial, previsão do PL 5001/2016.

Nota-se que esta previsão, mesmo quando madura em lei, ainda não supre lacuna do art. 35 da LMP, que estabelece a criação de centros de educação e de reabilitação para os agressores pela União, pelo Distrito Federal, pelos municípios e estados:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

[...]

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores. (BRASIL, Lei nº 11.340/2006)

A alteração legislativa proposta em forma de medida protetiva não cria nenhum centro, apenas estabelece como medida protetiva de urgência a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

Ou seja, ainda que tal alteração seja efetivada na Lei Maria da Penha, para que tenha aplicabilidade, os entes federativos devem se movimentar para a efetiva criação desses centros, para que não se torne em uma medida sem aplicação prática, a exemplo da já citada alteração operada na Lei de Execuções Penais.

Recente notícia veiculada no *site* de notícias G1 faz parecer que tal lacuna seria preenchida com o Projeto Lei ao dizer que “a reeducação de agressores é um vazio que a justiça e os governos não preencheram, **mas** o projeto de lei já passou pela Câmara e está no Senado”. Claramente, como exposto, não se trata disso.

Projeto prevê que agressores de mulheres façam reabilitação.
Reeducação dos agressores é um vazio que a Justiça e os governos não preencheram. Mas projeto de lei já passou pela Câmara e está no Senado. (JORNAL NACIONAL, 2019)

É bem verdade que a ideia de criação desses centros encontre resistências, por se mostrar como medida não muito popular, já que pode passar à sociedade a impressão de uma postura de defesa do agressor. A sociedade traz em seu inconsciente coletivo a crença de que só na pena privativa de liberdade é possível encontrar solução para muitos problemas.

Entretanto, basta um estudo superficial da violência de gênero e de suas raízes no patriarcalismo para entender que em se tratando de violência cultural são necessárias mudanças estruturais de comportamentos, as quais não serão alcançadas apenas pela via exclusiva do sistema penal. Articulações são necessárias.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha foi fruto de intensa participação dos movimentos de mulheres ao longo da história, cujas pautas tinham como principal reivindicação a proteção da mulher contra a violência. Assim, a mulher passou de ser encarada como objeto para ser sujeito de direitos.

Contudo, em que pese a mulher ter conquistado vários direitos, parece que certos nichos da sociedade ainda se recusam a aceitar normas preestabelecidas para o enfrentamento da questão.

Assim, alguns operadores do direito insistem em ferir a essência da LMP ao aplicarem a já vedada suspensão condicional do processo no processamento dos crimes praticados com violência doméstica.

Numa primeira análise da conduta adotada pelo Estado, tanto no âmbito legislativo quanto no judiciário, para coibir a aplicação do *sursis* nos casos de violência doméstica (edição de súmulas, etc.), a impressão que se pode ter é a de que o Estado, no afã de moralizar o enfrentamento desses crimes, ele próprio foi fechando portas de enfrentamento à violência doméstica, tanto no âmbito legislativo, com previsões na própria LMP, quanto também no âmbito do judiciário, nos Tribunais, em sede de segunda instância, com a edição de súmulas, vedando a utilização de recursos, em tese, propiciadores do enfrentamento das formas de violência contra a mulher, já que a simples aplicação pura da Lei não conseguiria alcançar, pois não oferece um embate adequado a uma violência cultural que demanda mudança de mentalidade e dos padrões de comportamento.

Ainda, percebeu-se que a previsão legislativa (Projeto de Lei nº 5001/2016) de introdução de programas de reeducação do agressor na LMP como medida protetiva

de urgência (nas medidas protetivas que obrigam o agressor) pode ser eficaz em termos de compulsoriedade e imediatismo, para se evitar um mal maior, mas apenas o acompanhamento dos impactos práticos da medida, com estudos e pesquisas, mostrará o seu grau de eficiência, pois a realidade prática é um terreno mais rico do que as sistematizações intelectuais.

Ainda não é possível saber se esse modelo de reeducação do agressor em formato de medida protetiva de urgência pode conseguir um comprometimento real deste, ou se apenas será encarado como uma evitação de um mal maior.

Essa diferença pode interferir nos resultados, conforme quão profundo ou superficial seja o comprometimento juntamente com a ideia de assunção de responsabilidade frente ao conflito, ressignificando comportamentos, pois o abandono de um padrão de comportamento violento perpassa pelo real desejo de mudança.

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante é a prova de que é possível ao Direito ser criativo no enfrentamento da violência doméstica, mesmo que não faça uso de um instituto já larga e amplamente proibido de ser utilizado em se tratando de violência doméstica, o *sursis*.

A despeito da legislação existente, boa parte da tarefa tem ficado nas mãos dos operadores do Direito, decidindo-se uns pelo uso de instrumentos legais, porque previstos em lei, mas inadequados para o caso específico da violência doméstica por opção legislativa, mesmo que permitam margem de criatividade no combate e na prevenção dessa violência; e outros, a exemplo do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante, que tem oferecido à sociedade um verdadeiro serviço de excelência no enfrentamento da violência, e ainda com o desafio de seguir os ditames da própria lei e do próprio judiciário relativamente a não aplicação de institutos despenalizantes.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de Resistência Feminista Contra o Sexismo e a Violência Feminina no Brasil: 1976 a 2006. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 24, n. 2, maio-ago., 2009.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Pena: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Regula em todo o país o alistamento eleitoral e as eleições federais, estaduais e municipais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...], e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.517/PR. Sexta Turma. 11/03/1991. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;res:1991-03-11;1517-4085>. Acesso em: maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula Vinculante nº 536. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Terceira Seção. 10/06/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 588. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Terceira Seção. 13/09/2017. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27588%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27588%27).sub). Acesso em: abr. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5001/2016, de 12 de abril de 2016. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081916>. Acesso em: abr. 2019.

BRASIL. Ordenações Filipinas. Livro V. Título XXXVI: Das penas pecuniárias dos que matam, ferem, ou tiram arma na Corte. Ano 1505/1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: maio 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. **Estudos Feministas, Florianópolis**, 11(1): 336, jan-jun/2003.

JORNAL NACIONAL. Projeto prevê que agressores de mulheres façam reabilitação. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/01/10/projeto-preve-que-agressores-de-mulheres-facam-reabilitacao.ghtml>. Acesso em: maio 2019.

INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO. **Curso Dialogando sobre a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://saberes.senado.leg.br>. Acesso em: maio 2019.

LOPES, Paulo Vitor Leite; LEITE, Fabiana (orgs.); **Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública**. Rio de Janeiro: Iser, 2013.

MORATO, Alessandra Campos et al. Lei Maria da Penha, ciclo da violência e a suspensão condicional do processo: percepções da prática experimentada no Distrito Federal. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 5, p. 101-120. 2011.

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

PRANDO, Camila Cardoso de Melo. O que veem as mulheres quando o direito as olha? Reflexões sobre as possibilidades e os alcances de intervenção no direito nos casos de violência doméstica. **Revista Estudos Criminais**. jan. a març. p. 115-142. 2016.

SIMIAO, Daniel Schroeter; OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Judicialização e estratégias de controle da violência doméstica: a suspensão condicional do processo no Distrito Federal entre 2010 e 2011. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, n. 3, p. 845-874, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922016000300845. Acesso em: maio 2019.

VIZA, Bem-Hur. Medias Protetivas de Urgência na Lei Maria da Penha. **Maria da Penha vai à Escola**. p. 52-68. 2017.

ZANOTTA, Lia. **Feminismo no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/programas/pro-equidade/videos/temas-contemporaneos-de-genero-e-raca-feminismo-no-brasil>. Acesso em: jun. 2019.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A IMPORTÂNCIA DO MODELO INSTITUCIONAL INDEPENDENTE PARA A EFETIVIDADE DA LEI

Maria Ruth Borges Bezerra

Resumo: A sociedade contemporânea é a mais gerou dados na história. Na era da informação, a coleta e o processamento de dados pessoais tornaram-se o motor da nova economia global. Nesse contexto, a proteção de dados pessoais e a criação de autoridades nacionais passa a ser fundamental. Com o poder de zelar pela proteção dos cidadãos e pelo livre fluxo dos dados na era digital, o órgão garantidor é o principal ator na execução de políticas de privacidade, fiscalização e conscientização da população. As autoridades nacionais lideram a regulação do tema e sua independência, tanto do mercado quanto do meio político, é muito importante. A presente pesquisa busca analisar, de maneira comparada, modelos institucionais de Autoridades Nacionais de Proteção de Dados Pessoais já consolidadas em países da Europa e da América Latina. O estudo terá como objetivo central, investigar os modelos mais efetivos de autoridade nacional e suas principais características, especialmente as que são determinantes para a aferição de sua independência e autonomia. Para tanto, escolheu-se eixo metodológico dogmático instrumental, a partir da análise da doutrina e da legislação acerca do tema. Busca-se, a partir disso, entender em que medida os elementos estruturais característicos dos modelos autônomos de ANPDs são essenciais para a sua atuação e efetividade, bem como se estes elementos estão presentes no modelo de autoridade brasileiro, criado em 2018, a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil.

Palavras-chaves: Proteção de dados pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Autoridade Nacional; Independência; Autonomia.

Abstract: Contemporary society is the most generated data in history. In the information age, the collection and processing of personal data has become the engine of the new global economy. In this context, the protection of personal data and the creation of national authorities is essential. With the power to watch over the protection of citizens and the free flow of data in the digital age, the guarantor is the main actor in the implementation of privacy policies, enforcement and public awareness. National authorities lead the regulation of the issue and its independence, both in the market and in the political environment, is very important. The present research seeks to analyze, in a comparative way, institutional models of National Authorities for the Protection of Personal Data already consolidated in European and Latin American countries. The main objective of the study will be to investigate the most effective models of national authority and its main characteristics, especially those that determine its independence and autonomy. For that, instrumental dogmatic methodological axis was chosen, starting from the analysis of the doctrine and the legislation on the subject. It seeks, from this, to understand to what extent the structural elements characteristic of the autonomous models of ANPDs are essential for their performance and effectiveness, as well as if these elements are present in the Brazilian authority model, created in 2018, from the General Law of Protection of Personal Data of Brazil.

Keywords: Protection of personal data; General Law of Protection of Personal Data; National Authority; Independence; Autonomy.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é a que mais gerou dados na história e, nesse contexto, informações e dados pessoais tornaram-se o motor da nova economia global, baseada não mais em bens físicos e financeiros e sim em conhecimento. A quantidade de empresas e negócios digitais cujo principal elemento são os dados pessoais cresce a cada dia e tornam sua coleta e processamento elementos importantes que auxiliam na tomada de decisões econômicas, políticas e sociais por parte de governos e entes privados.

O favorecimento de uma indústria de dados gerada a partir da revolução tecnológica iniciada no século XXI, trouxe consequências à tutela da privacidade, a qual passou a demandar modelos jurídicos específicos para sua efetiva proteção. Dessa forma, novos desafios relacionados à preservação de direitos humanos básicos, como a dignidade da pessoa e a proteção da privacidade deram origem à disciplina de proteção de dados pessoais, a partir da década de 1960.

No contexto da proteção de dados pessoais, as autoridades nacionais passam a ser fundamentais. Com o poder de zelar pela proteção dos dados dos cidadãos na era digital, o órgão garantidor é o principal ator na execução de políticas de privacidade, fiscalização e conscientização da população. As autoridades nacionais lideram a regulação do tema e sua independência, tanto do mercado quanto do meio político, é entendida como fator de grande importância para a proteção dos cidadãos e o livre fluxo transnacional de dados.

Inserindo-se neste debate e considerando a importância do tema para o contexto brasileiro, a presente pesquisa busca analisar, de maneira comparada, modelos institucionais de Autoridades Nacionais de Proteção de Dados Pessoais- ANPDs já consolidadas em países da Europa e da América Latina. O estudo terá como objetivo central investigar os modelos mais efetivos e suas principais características, especialmente as que são determinantes para a aferição da independência e autonomia

destes órgãos. Para tanto, escolheu-se eixo metodológico dogmático instrumental, a partir da análise da doutrina e da legislação acerca do tema.

Busca-se, a partir disso, entender em que medida os elementos estruturais característicos dos modelos autônomos de ANPDs são importantes para a sua atuação e efetividade e se eles estão presentes no modelo brasileiro. A hipótese da pesquisa é a de que o modelo adotado pela Medida Provisória nº 869/2018 não garante a real independência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Brasileira-ANPD e que, por isso, a proteção de dados pessoais e o livre fluxo internacional estariam, de certa forma, comprometidos.

A pesquisa está dividida em cinco partes. O primeiro capítulo abordará os fundamentos da proteção de dados pessoais e as características do *enforcement*, analisando o histórico da proteção e das leis gerais sobre proteção de dados pessoais; a autoridade independente como parte fundamental do modelo e a sua importância para o livre fluxo internacional de dados e o processo de adequação europeia. No segundo capítulo, serão analisados os modelos de autoridades mais eficazes do mundo. No terceiro e quarto capítulos serão analisados especificamente os modelos da Itália, Reino Unido, França, Argentina e Uruguai. E, por fim, o quinto capítulo analisará o modelo da autoridade nacional brasileira, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil (Lei 13.709/2018), da Medida Provisória 869/2018 e do Projeto de Lei de Conversão 07/2017.

A conclusão do trabalho busca verificar se o modelo híbrido de autoridade nacional adotado pelo Brasil é suficientemente capaz de garantir a proteção dos dados pessoais e garantir o livre fluxo de dados.

1 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS E CARACTERÍSTICAS DO ENFORCEMENT

A sociedade contemporânea é a sociedade que mais gerou dados pessoais na história. Isso se deve ao fato de que, no contexto da sociedade informacional atual, os dados tornaram-se o motor da nova economia global, baseada não mais em bens físicos e

financeiros e sim em conhecimento. Bruno Bioni afirma que vivemos em uma sociedade organizada em torno da informação, o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia moderna.¹ Nesta sociedade, “os dados pessoais dos cidadãos converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia².”

Diariamente, milhares de informações são armazenadas em bancos de dados nos mais variados setores e “somos cada vez mais identificados a partir dos nossos dados pessoais, fornecidos por nós mesmos aos entes públicos e privados”³. De registros de nascimento e casamento a dados médicos, todos são tratados utilizando-se diversas técnicas automatizadas de processamento de dados. Essa coleta e processamento, possibilita não só a obtenção de informações valiosas sobre nós, como também, auxilia a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais.⁴ Nesse contexto, surgem novos desafios, relacionados sobretudo, à preservação de direitos humanos básicos, como a dignidade da pessoa e a proteção da privacidade.

A quantidade de empresas e negócios digitais cujo principal elemento são os dados pessoais cresce a cada dia. Com imensas possibilidades, tais negócios vão desde a coleta de dados bancários para a atribuição de um *credit score* em empréstimos financeiros, até corretoras de dados pessoais, que coletam informações para o desenvolvimento de produtos, propaganda e serviços, ou ainda, para a venda a terceiros (como é o caso do Facebook).

Apesar de não ser o objeto deste estudo, riscos como a vigilância mundial e a ameaça à democracia através da manipulação de dados pessoais devem também ser observados quando se fala em proteção de dados pessoais. O escândalo da *Cambridge Analytica*⁵ trouxe à tona esta preocupação e fortaleceu o desenvolvimento de pesquisas sobre o assunto. No Brasil, há alguns anos discute-se a proteção de dados pessoais no

¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 4.

² *Ibid.*, 2019, p. 13.

³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1.

⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa*. Disponível em: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10626.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

⁵ O caso, mundialmente divulgado na mídia, revelou que aproximadamente 50 milhões de perfis no Facebook foram colhidos pela **Cambridge Analytica** em uma grande violação de dados. *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>. Acesso em: 15/05/19.

meio acadêmico. Para os estudiosos, um fator extremamente preocupante é a garantia de real controle dos dados pelo cidadão. Nesse sentido, Laura Schertel defende que a proteção de dados pessoais deve ter *status* de direito fundamental⁶ e afirma que:

a tutela jurídica para a proteção de dados da personalidade em face do tratamento de dados pessoais envolve o estabelecimento de uma série de procedimentos, princípios e direitos, que limitam o processamento de dados pessoais ao mesmo tempo que empoderam o cidadão para controlar o fluxo de seus dados⁷.

Para a autora, função precípua da proteção de dados não é proteger os dados *per se*, mas garantir proteção à pessoa que é o titular desses dados.

O fenômeno da ubiquidade⁸ também se tornou um fator preocupante. Por meio dele, o processamento dos dados tornou-se onipresente, perpassando atualmente todas as áreas da vida humana⁹. Como exemplos deste fenômeno, podemos destacar as informações compartilhadas em inúmeras redes sociais como o *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp* ou *You Tube*. Para Wolfgang:

O principal fenômeno da ubiquidade da tecnologia da informação é o desequilíbrio de poderes entre o indivíduo e os organismos que processam os dados pessoais e a consequente perda de controle individual sobre o fluxo de seus dados.¹⁰

Nesse sentido, Laura Schertel afirma que “tal processo foi o catalisador de uma reflexão acerca da necessidade de maior regulação estatal para o controle do tratamento de dados pessoais”¹¹.

Analisando o contexto histórico da proteção de dados pessoais, pode-se afirmar que a revolução tecnológica do século XXI, por meio do intenso fluxo e processamento de informações, favoreceu o desenvolvimento de uma indústria de bancos

⁶ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189.

⁷ *Ibid.*, 2014, p. 78

⁸ A expressão em inglês *ubiquitous computing*, cunhada em 1991 por Mark Weiser, previu as mudanças na tecnologia da informação no século XXI, rumo a aparelhos mínimos, quase imperceptíveis e cotidianos. MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78-79.

⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, 2008, p. 1010. apud MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

¹⁰ *Ibid.*, 2014, p. 79.

¹¹ *Ibid.*, 2014, p. 80.

de dados¹² e trouxe consequências à tutela da privacidade, que passou a demandar modelos jurídicos específicos para a sua efetiva proteção.

Como o tratamento de dados pessoais é uma atividade que possibilita amplo acesso à esfera privada dos indivíduos, o direito fundamental à privacidade, tal qual delineado por Warren e Brandeis no século XX, deixou de ter um caráter fortemente individualista e ligado ao “direito de ser deixado só”,¹³ para se fundamentar na proteção à inviolabilidade da personalidade dos indivíduos, rompendo com a noção de proteção da vida privada associada diretamente à propriedade¹⁴. Para Laura Schertel, o século XX presenciou uma “inexorável reinvenção da privacidade”:

De um direito com uma dimensão estritamente negativa e com uma conotação quase egoísta, passou a ser considerado uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático¹⁵.

A disciplina de proteção de dados pessoais desenvolveu-se com mais profundidade a partir das novas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa, frente ao desenvolvimento tecnológico, atraindo a atenção da comunidade jurídica a partir da década de 1960. Laura Schertel afirma que “a transformação desse conceito pode ser percebida de forma mais clara a partir da década de 70”, quando legislações específicas em âmbito internacional e decisões judiciais de diversos países reforçaram o conceito segundo o qual “os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo” e que, por isso, merecem uma tutela jurídica adequada¹⁶.

¹² SOLOVE, Daniel. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York University, 2004. apud MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117

¹³ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. p. 195 apud MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28

¹⁴ Para compreender a evolução do conceito de privacidade até a noção de proteção de dados pessoais, ver: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29

¹⁶ *Ibid*, 2014. p. 29

Os primeiros sistemas de proteção de dados pessoais surgiram nos Estados Unidos e em alguns países europeus¹⁷ em resposta a projetos de construção de estruturas computacionais para o processamento¹⁸ centralizado de dados pessoais. Estes sistemas “preocupavam-se basicamente com o Estado, como administrador dos dados dos seus cidadãos”¹⁹. Desde o início, era notável a diferença entre o enfoque norte-americano e europeu. Enquanto este assumiu características voltadas à proteção da pessoa humana, aquele, buscou uma perspectiva mais pragmática, voltada para o balanceamento entre a proteção da pessoa, o progresso tecnológico e o regular funcionamento dos mercados²⁰.

Os sistemas normativos de proteção de dados são divididos em gerações de leis. A primeira geração das normas de proteção de dados pessoais surgiu na década de 70 em um contexto onde, para se prover serviços sociais, era necessário coletar dados dos cidadãos (Estado de bem-estar social). Para Bruno Bioni, “o que marca a primeira geração de proteção dos dados pessoais é o seu foco na esfera governamental, bem como, na premissa em se estabelecer normas rígidas que domassem o uso da tecnologia.”²¹

Leis como a do Estado alemão de Hesse²², a Lei de Dados da Suécia e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha, são exemplos de normas da primeira geração

¹⁷ DONEDA, Danilo. **Um Código para a proteção de dados pessoais na Itália**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266036287_Um_Codigo_para_a_protecao_de_dados_pessoais_na_Italia. Acesso em: 18/04/2019.

¹⁸ Para a União Europeia, o processamento abrange uma ampla gama de operações realizadas em dados pessoais, incluindo meios manuais ou automatizados. Trata-se da “recolha, registo, organização, estruturação, armazenamento, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, divulgação por transmissão, divulgação ou disponibilização, alinhamento ou combinação, restrição, apagamento ou destruição de dados pessoais”. Comissão Europeia. **O que constitui processamento de dados?** Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-constitutes-data-processing_en. Acesso em: 18/04/19.

¹⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

²⁰ Os EUA é conhecido por ter várias leis setoriais (leis específicas baseadas na proteção em relação ao Estado e outras na proteção em relação ao setor privado). O modelo de Lei Geral adotado pelo Brasil está mais próximo ao Europeu.

²¹ MAYER- SCHONEBERGUER, Viktor. p.223 apud. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 114.

²² A lei do Estado alemão de Hesse, criou uma autoridade- o *Datenschutzbeauftragter*, ou Comissário para proteção de dados, iniciativa pioneira na Europa até então. A autoridade controlava a elaboração informática de dados pessoais no confronto com a administração pública. DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

no âmbito europeu²³. Nos EUA, foram aprovados nesse mesmo período o *Fair Credit Reporting Act* (1970) e o *Privacy Act* (1974).

Com o tempo e o desenvolvimento tecnológico, as leis foram modificadas para se adequarem a novos paradigmas do tratamento digital de dados. A proteção dos direitos fundamentais em jogo exigia uma atuação positiva do Estado. Por isso, procurou-se, a partir de novas normas, promover ao cidadão, o acesso, correção e cancelamento do tratamento de seus dados pessoais, reconhecendo-lhe o direito de delimitar a utilização desses dados pelos diversos bancos de dados existentes. Neste cenário, surgiu a segunda geração de leis de proteção de dados pessoais no final da década de 1970. O primeiro exemplo de normas de segunda geração foi a Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais de 1978²⁴, a qual considerava a privacidade e a proteção de dados como uma liberdade negativa a ser exercitada pelo próprio cidadão²⁵ e preocupava-se “não somente com as bases de dados estatais, mas também, com as da esfera privada”²⁶.

Na terceira geração de leis, “surgida na década de 1980, passa-se a abranger mais do que a liberdade de fornecer ou não seus dados pessoais, preocupando-se do mesmo modo em garantir a efetividade desta liberdade”²⁷. Bruno Bioni afirma que a “amplitude desse papel de protagonismo do indivíduo na proteção dos dados pessoais é o divisor de águas para a terceira geração de leis”²⁸, pois nessa época, buscava-se assegurar a participação do cidadão em um envolvimento contínuo, desde a coleta até o

²³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 209.

²⁵ *Ibid.*, 2006, p. 209.

²⁶ Danilo Doneda afirma que nessa época a “atividade de supervisão das autoridades de controle transforma-se em uma atuação como *ombudsman*, como auxiliar da administração pública ou mesmo como órgão parajurisdicional.” DONEDA, Danilo, **Da proteção...**p. 24. apud, BIONI, Bruno Ricardo, 2019. p. 113.

²⁷ *Ibid.*, 2006, p. 211.

²⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 115.

compartilhamento dos seus dados pessoais, garantindo-lhe um controle²⁹ extensivo e sua “autodeterminação informacional”³⁰.

Na década de 1980, visando fomentar o desenvolvimento econômico com base no papel estratégico dos dados pessoais, a Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE) emitiu suas *Guide lines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*³¹. As diretrizes contribuíram não só para a consolidação do conceito de privacidade ligado à proteção de dados pessoais, como também para o desenvolvimento do fluxo transfronteiriço de dados.

Outro passo importante para a consolidação de um sistema de proteção foi a Convenção nº108/1981³². Também conhecida como *Convenção de Strasbourg*³³, a norma assegura a proteção das pessoas em relação ao processamento automático de dados pessoais, reconhece o caráter de direito fundamental destes dados, estabelece uma série de princípios para seu tratamento e regula o fluxo transfronteiriço de dados pessoais, sendo considerada o primeiro instrumento internacional vinculativo para a proteção do indivíduo contra os abusos na coleta e no processamento de dados. Outro ponto muito importante da norma, foi a previsão de uma autoridade independente com o poder de zelar

²⁹ “O pressuposto de que o indivíduo deve ter o poder de controlar o fluxo de seus dados pessoais requer que lhe sejam atribuídos determinados direitos subjetivos em face dos responsáveis pelo controle dos bancos de dados. Estes direitos, presentes na maioria das legislações sobre o tema, podem ser assim resumidos: i) direito geral de informação; ii) direito de acesso; iii) direito de notificação; iv) direito de retificação, cancelamento e bloqueio dos dados; v) direito de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada.” MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65-66.

³⁰ Autodeterminação informativa é o “direito do indivíduo de decidir por si próprio, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados.” O direito à autodeterminação informativa exerce grande influência em países do sistema jurídico romano-germânico. Mario Panebianco p.187. apud DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 196.

³¹ As Diretrizes da OCDE sobre a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais foram atualizadas em 2013 e estão disponíveis em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>>. Acesso em 20/04/19.

³² Council of Europe. **Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data**. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>>. Acesso em: 20/04/19.

³³ Em maio de 2018, a Convenção passou por uma atualização e sua versão modernizada é atualmente conhecida como Convenção 108+. Council of Europe. **Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data**. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf>. Acesso em: 20/04/19.

pela proteção dos dados pessoais. O órgão regulador, desde então, passou a ser fundamental para o sistema de proteção de dados pessoais.

Após 25 anos do primeiro marco normativo, em 1995, a União Europeia promulgou a Diretiva 95/46/CE³⁴, um marco no campo da proteção de dados pessoais. A diretiva tinha como objetivo uniformizar as formas e as normas de tratamento e fortalecer o mercado interno no âmbito da União Europeia.

As leis de quarta geração, caracterizaram-se pela utilização de instrumentos que elevaram o padrão coletivo de proteção, “fortalecendo a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados” e “reconhecendo o desequilíbrio nesta relação”³⁵. Esta geração, caracterizou-se ainda, pela disseminação de autoridades independentes para a proteção de dados pessoais,³⁶ por proposições normativas que limitavam o direito de escolha dos indivíduos sobre o processamento de dados sensíveis³⁷ e pela complementação entre normas setoriais e normas gerais de proteção de dados pessoais³⁸, como o modelo adotado na Europa.

Laura Schertel afirma que por meio de leis gerais “a maioria dos países internalizou em seus ordenamentos jurídicos os princípios de proteção de dados pessoais consagrados em instrumentos internacionais. ”

Nesse contexto, preocupada com os desafios do mundo digital e pretendendo adequar suas regras para garantir uma maior eficácia na proteção dos dados pessoais, a Comissão Europeia, propôs em janeiro de 2012, um regulamento para substituir a Diretiva

³⁴ PARLAMENTO EUROPEU. **Directiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao o tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT> >. Acesso em: 20/04/19.

³⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212.

³⁶ DONEDA, Danilo. Da privacidade...p. 213 apud BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 117.

³⁷ “Dados sensíveis são aqueles cujo tratamento tem grande potencial de acarretar discriminação, tais como os dados relativos a etnia, opção sexual, opinião política e religião. ” SIMITIS, Spiros. *Revisiting Sensitive Data.* apud MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43

³⁸ Com a recente modernização da Convenção 108 em maio de 2018, de acordo com o artigo 6º, o catálogo de dados sensíveis foi ampliado para incluir também dados genéticos e biométricos, bem como dados processados para as informações relativas à filiação sindical ou à origem étnica (essas duas últimas categorias adicionadas à proibição existente no processamento de dados).

95/46/CE e garantir uma reforma global do regramento Europeu³⁹. Nos termos da comunicação da Comissão Europeia de 2016 ao Parlamento Europeu, o regulamento proposto visava “modernizar os princípios estipulados na Diretiva de 1995, adaptando-os à era digital e harmonizando a legislação sobre a proteção de dados em nível europeu”⁴⁰. Foi assim que, em maio de 2018, a Diretiva 95/46/CE foi substituída pelo Regulamento n° 2016/679, a nova Lei Geral de Proteção de Dados da União Europeia, mais conhecida como *General Data Protection Regulation* ou GDPR.

Vista por muitos, como a mais completa legislação de proteção de dados do mundo⁴¹ a aplicabilidade do GDPR não está restrita apenas aos dados de pessoas naturais localizadas no âmbito da União Europeia, e sim, a todo o fluxo de dados existente entre os países membros e os demais países ao redor do mundo, que possuem pontos de contato com o mercado europeu⁴². Sua abrangência, amplitude legislativa e maturidade conceitual tornam-no um verdadeiro um modelo mundial em que diversos países, inclusive o Brasil, têm se espelhado na busca de padrões normativos uniformes para a proteção de dados pessoais⁴³.

Como se trata de um regulamento, e não de uma diretiva, o GDPR é diretamente aplicável aos 28 Estados Membros, já que não há a necessidade de qualquer transposição para cada jurisdição nacional, sendo este considerado como uma norma interna, diferente da Diretiva 95/46/CE⁴⁴. Além disso, a União Europeia, que já tinha um

³⁹ COPETTI, Rafael; CELLA, José Renato Gaziero. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados: natureza jurídica e a Lei nº 13.079/2018.** Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/15d3698u/Rc9sMnwxjkLPh2o4.pdf>. Acesso em 20/04/2019.

⁴⁰ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu.** Disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-214-PT-F1-1.PDF>. Acesso em 20/04/2019.

⁴¹ ALBRECHT, Jan Philipp. *How the GDPR Will Change the World.* Disponível em: https://edpl.lexxion.eu/data/article/10073/pdf/edpl_2016_03-005.pdf. Acesso em: 20/04/2019.

⁴² EUROPEAN COMMISSION. *Who does the data protection law apply to?* Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law--topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law--apply_en. Acesso em: 21/04/2019.

⁴³ INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE- IRIS. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa.** Disponível em: <http://irisbh.com.br/pt/blog/gdpr-e-suas-repercussoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20/04/2019.

⁴⁴ GUIDI, Guilherme. **Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais.** cit.: “Regulamentos são normas vinculativas diretamente aplicáveis a todos os países, incluindo-se aí seus cidadãos e pessoas jurídicas, valendo como se direito nacional fosse. Diretivas são normas adotadas pela Comissão e pelo Parlamento Europeu que fixam um objetivo que todos os Estados-Membros devem alcançar, cabendo a cada um decidir os meios exatos para tal, respeitando os preceitos básicos da norma supranacional.” p.3. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Guilherme-Guidi-V-revisado.pdf>. Acesso em 21/04/19.

padrão legislativo de proteção relativamente avançado, passa a se adequar a termos e procedimentos mais modernos e compatíveis com as novas tecnologias de computação, automação e inteligência artificial e nesse sentido, conceitos de coleta, processamento, transferência e vazamento de dados, passam a ser positivados na norma.

Quanto à definição de dados pessoais, o GDPR adotou um conceito expansionista⁴⁵ no qual, dado pessoal é qualquer tipo de informação que permita sua identificação⁴⁶, ainda que o vínculo não seja estabelecido de imediato, mas de maneira indireta. Esses dados se referem a circunstâncias pessoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável.⁴⁷ De acordo com o novo Regulamento Europeu, consideram-se dados pessoais quaisquer informações utilizadas para identificar uma pessoa, tais como, dados de localização de usuário, IDs de dispositivos móveis e até endereço IP, em alguns casos.⁴⁸ A Diretiva 95/46/CE, considerava dados pessoais apenas o nome, imagem, endereço, e-mail, telefone e identificação pessoal do sujeito.⁴⁹

O GDPR também fortalece a noção de consentimento para uso de dados pessoais e esclarece o alcance da relação entre o consentimento e a coleta e processamento dos dados pessoais⁵⁰. Entre as muitas regras estabelecidas, encontra-se ainda o princípio de responsabilidade, elemento central nas relações envolvendo a gestão de dados por empresas e entes da administração pública. De acordo com este princípio, todas as empresas passam a ser civilmente responsáveis pelo armazenamento e pela proteção dos dados pessoais que coletam e armazenam. Da responsabilidade decorre a obrigação de

⁴⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 68.

⁴⁶ Os dados pessoais que foram desidentificados, criptografados ou pseudonimizados, mas que podem ser usados para reidentificar uma pessoa, permanecem como dados pessoais e estão dentro do escopo do GDPR. Os dados pessoais que foram tornados anônimos de maneira que o indivíduo não é ou não é mais identificável não são mais considerados dados pessoais. Para que os dados sejam verdadeiramente anonimizados, o anonimato deve ser irreversível.

⁴⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56.

⁴⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **O que são dados pessoais?** Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en. Acesso em 21/04/19.

⁴⁹ CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 95/46/CE relativa à Proteção de Dados**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em 21/04/19.

⁵⁰ O GDPR estabelece que o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma claramente distinguível e usando linguagem simples, ao invés da linguagem obscura geralmente adotada. Art 7 (2), GDPR.

reparar qualquer dano causado aos titulares das informações coletadas e armazenadas, em virtude de violação ou vazamento⁵¹.

1.1 Autoridade independente como parte fundamental do modelo

Autoridades Nacionais são os órgãos administrativos responsáveis pela implementação e cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais. Entre suas principais funções estão as de “ouvidores (*ombudsman*), auditores, consultores, educadores, orientadores de política pública e negociadores,⁵²” além de serem também, responsáveis pela fiscalização e sanção em caso de descumprimento das normas de proteção de dados. A cultura da privacidade não pode se firmar sem uma autoridade que a patrocine e nesse sentido, Bennett e Raab afirmam que:

A existência de autoridades supervisoras robustas tem sido considerada como condição *sine qua non* para a adequada proteção à privacidade, pois as leis não são auto implementáveis e a cultura da privacidade não pode se estabelecer sem uma autoridade que a patrocine.⁵³

A autoridade nacional de proteção de dados é um ponto fulcral, para a aplicação das normas de proteção de dados pessoais e entre seus atributos fundamentais estão: a autonomia administrativa, decisória e financeira; a participação social em sua estrutura, através de um conselho consultivo e a transparência. Além disso, são atribuições fundamentais de uma autoridade nacional, entre outras: garantir a proteção de direitos fundamentais e a efetivação jurídica em casos de fronteira; a promoção de educação e conhecimento sobre a proteção de dados; o detalhamento técnico e tutorial para a efetivação das garantias previstas em lei e a cooperação internacional.⁵⁴

⁵¹ Com a entrada em vigor do Regulamento, na data de 25 de maio de 2018, empresas passam a ser diretamente responsáveis por cuidar para que todas as informações obtidas estejam seguras, protegidas contra qualquer risco de violação ou vazamento.

⁵² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

⁵³ BENNETT, Colin; RAAB, Charles. *The governance of privacy*. p 134. apud MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

⁵⁴ NIC.BR. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados: estruturação e desafios regulatórios**. Disponível em: https://minhaagenda.nic.br/files/apresentacao/arquivo/480/Autoridade_nacional_de_protecao_de_dados_estruturação_e_desafios_regulatorios.pdf. Acesso em: 22/04/19.

Danilo Doneda afirma que “o recurso a uma autoridade administrativa independente para a proteção de dados pessoais é uma tendência fortemente enraizada em alguns ordenamentos⁵⁵” e se tornou uma característica integrante do “modelo europeu” de proteção de dados pessoais.

Em 2017, o *International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners* desenvolveu um estudo⁵⁶ que envolveu mais de 87 autoridades nacionais de proteção de dados pelo mundo. De acordo com o relatório, 64% das Autoridades Nacionais de Proteção de Dados Pessoais (ANPDs) estão localizadas na Europa; 14% na América do Norte; 10% na África e somente 4% na América do Sul e Central. O estudo revelou também que metade das autoridades nacionais foram criadas nos últimos 17 anos, com uma notável taxa de crescimento a partir dos anos 90. Sobre a amplitude de jurisdição, revelou ainda, que 84,88% delas supervisionam tanto o setor público quando o setor privado, enquanto 13,95% declarou regular somente o setor público e apenas 1,16% apenas o setor privado.

O recurso a uma autoridade nacional independente, para a regulação da proteção de dados pessoais, é uma tendência adotada em diversos países⁵⁷. Seu papel na aplicação eficiente das leis de proteção de dados, permite uma efetivação da tutela da privacidade dos cidadãos enquanto propicia segurança jurídica na interpretação e aplicação da lei, algo bastante evidente quando se analisa a experiência dos países que adotaram o modelo.⁵⁸

Desde as primeiras leis, já havia a previsão de um órgão administrativo responsável pela implementação e cumprimento da legislação de proteção de dados

⁵⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 385.

⁵⁶ ICDPPC CENSUS 2017. *Counting on Commissioners: High level results of the ICDPPC Census 2017*.

6 September 2017. Disponível em: <https://icdppc.org/icdppc-census-report-2/>. Acesso em: 27/04/2019.

⁵⁷ No site DLA PIPER é possível encontrar todos os países que possuem leis gerais e autoridades de proteção de dados. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=world-map&c=AR>. Acesso em 21/04/2019.

⁵⁸ Quadro de assinaturas e ratificações do Tratado 181. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/181/signatures?p_auth=YUz9nmn3. Acesso em: 24/04/19.

personais⁵⁹. No entanto, somente a partir da aprovação da Diretiva 95/46/CE⁶⁰, foi que essa previsão se tornou obrigatória para todos os Estados-membros da União Europeia, pois a Diretiva, além de apresentar princípios e direitos básicos para a manipulação e tratamento de dados pessoais, criou ainda, um arcabouço de autoridades centrais, dotadas de poderes específicos e com total independência funcional, responsáveis pela fiscalização de questões envolvendo a proteção de dados pessoais.⁶¹

Em 2000, por meio da Carta de Direitos Fundamentais, a proteção de dados pessoais, assegurada por uma autoridade independente, foi considerada um direito fundamental na União Europeia⁶². O documento faz referência às autoridades independentes como elemento necessário ao sistema de proteção de dados pessoais e enfatiza o seu papel de fiscalizador⁶³ das regras deste sistema:

Artigo 8. Proteção de dados pessoais :1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma **autoridade independente**. (grifo nosso)

A Convenção nº 108 do Conselho da Europa para a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais, de 28 de janeiro de 1981, foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados. A norma, além de garantir o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, ainda protege o direito à vida privada, face ao

⁵⁹ Tais órgãos, a depender de cada país, podem receber denominações como: agências, autoridades independentes, comissários, *comissions*, conselhos e outras mais.

⁶⁰ JORNAL OFICIAL. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 24.04.2019.

⁶¹ Artigo 28º da Diretiva 46/95/CE: 1. Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente diretiva. Essas autoridades exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas.

⁶² A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a Carta) reúne os direitos fundamentais de todas as pessoas que vivem na União Europeia (UE). A Carta estabelece toda a gama de direitos civis, políticos, económicos e sociais dos cidadãos europeus. *EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION*. O que é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia? Disponível em: <https://www.equalityhumanrights.com/en/what-are-human-rights/how-are-your-rights-protected/what-charter-fundamental-rights-european-union>. Acesso em: 24/04/19.

⁶³ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. Acesso em: 24/04/19.

tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal. Em maio de 2018 a Convenção foi modernizada e após isso, alguns princípios originais foram reafirmados, outros fortalecidos e novas salvaguardas foram criadas para se adequarem às novas realidades do mundo on-line.

A Convenção nº 108⁶⁴, após sua modernização, passa a prever o poder-dever “de sensibilizar, fornecer informações e educar todos os intervenientes envolvidos (titulares de dados, controladores, processadores, etc.)”⁶⁵, mantendo ainda, a previsão dos poderes para intervir, investigar e envolver-se em processos judiciais⁶⁶. Além disso, a Convenção nº 108⁺ permite que as autoridades tomem decisões e imponham sanções, reforçando que no exercício de suas atribuições e competências, as autoridades de supervisão devem ser independentes⁶⁷.

Para Danilo Doneda, as autoridades além de proporcionarem uma forma inovadora de tutela dos direitos fundamentais, são

hoje parte fundamental da estrutura administrativa e jurídica estatal, realizando a aproximação entre as esferas do Estado, do mercado e da pessoa em contextos por demais complexos e especializados para serem efetivamente regulados pelas instituições tradicionais.⁶⁸

Desgarradas da estrutura administrativa tradicional e caracterizadas pela especificidade de sua atividade e seu carácter eminentemente técnico⁶⁹, o autor afirma

⁶⁴ Desde sua atualização, a Convenção passou a ser chamada Convenção nº 108+.

⁶⁵ *Convention 108 + Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf. Acesso em: 22/04/2019.

⁶⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data*. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf. Acesso em: 20/05/19.

⁶⁷ De acordo com o artigo 15º (5), as autoridades de supervisão agem com total independência e imparcialidade no exercício das suas funções e no exercício dos seus poderes e, ao fazê-lo, não solicitam nem aceitam instruções. COUNCIL OF EUROPE. *128th Session of the Committee of Ministers (Elsinore, Denmark,*

1718May2018). Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf. Acesso em: 25/04/19.

⁶⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 387.

⁶⁹ *Ibid.*, 2006, p. 389.

ainda que a “sua fisionomia obedece a determinados requisitos mínimos”, dos quais, “o principal é a sua independência”⁷⁰, atributo que reflete sua própria razão de ser.

Francesco Caringella e Roberto Garofoli propõem uma definição, levando em consideração as feições modernas das autoridades. Segundo ele são

entes ou órgãos públicos dotados de substancial independência do governo, caracterizados pela sua autonomia de organização, financiamento e contabilidade; da falta de controle e sujeição ao poder Executivo, dotadas de garantias de autonomia através da nomeação de seus membros, dos requisitos para esta nomeação e da duração de seus mandatos; e tendo função de tutela de interesses constitucionais em campos socialmente relevantes.⁷¹

Sobre as configurações possíveis para o órgão, Danilo Doneda⁷² afirma que ele “pode ser funcionalmente independente da estrutura estatal, com perfil de agência” ou “estar diretamente ligado ao poder executivo”, mas que a atividade do órgão, no entanto, “não pode estar diretamente vinculada a um dos poderes”, sob pena de “perder sua independência” “quando submetido à estrutura hierárquica da administração pública direta”. Para o autor, “o escopo da tutela a qual visa este órgão supõe uma neutralidade frente às próprias razões de Estado, que seria intangível sem esta independência”. Ele afirma ainda que “o perfil de uma autoridade independente, baseada nos moldes de uma agência, parece o mais adequado”. Porém, sua efetiva estruturação, dependente de um juízo de caráter político, que deve necessariamente incluir uma avaliação econômica de custo e impacto⁷³.

De acordo com a Comissão Europeia, as Autoridades de Proteção de Dados ou DPAs⁷⁴ (sigla em inglês) são autoridades públicas independentes que supervisionam, por meio de poderes investigativos e corretivos, a aplicação das leis de proteção de dados e fornecem aconselhamento especializado sobre questões de proteção, além de lidarem com reclamações contra violações ao GDPR. Tanto a legislação da UE como do Conselho

⁷⁰ *Ibid.*, 2006, p. 387.

⁷¹ CARINGELLA, Francesco; GAROFOLI, Roberto. *Le autorità indipendenti*. Napoli: Simoni, 2000, p. 10. apud DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 388.

⁷² *Ibid.*, 2006, p. 401.

⁷³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 402.

⁷⁴ *Data Protection Authorities- DPA*

da Europa consideram que a existência de autoridades de supervisão independentes é indispensável para a proteção efetiva dos direitos e liberdades dos indivíduos em relação ao processamento de seus dados pessoais. Ademais, as instituições ainda defendem que todas as autoridades de controle devem ser dotadas de recursos financeiros, humanos, locais e infraestrutura, necessários à realização de suas atividades. Para tal, cada autoridade deve dispor de orçamento anual próprio, oriundo do orçamento do Estado ou de outro de âmbito nacional.⁷⁵

No GDPR, a Autoridade de Proteção de Dados está prevista entre os artigos 51 a 59 e é o primeiro ponto de contato para os titulares dos dados em casos de violação da privacidade. Os parágrafos do artigo 52, preveem que as Autoridades de Proteção de Dados “agem com total independência na prossecução das suas atribuições e no exercício dos poderes que lhe são atribuídos”. Além disso, os “membros das autoridades de controlo não estão sujeitos a influências externas, diretas ou indiretas no desempenho das suas funções e no exercício dos seus poderes” e “não solicitam nem recebem instruções de outrem”. O Regulamento exige também que os Estados-Membros assegurem que “cada autoridade de controle disponha dos recursos humanos, técnicos e financeiros, instalações e infraestruturas necessários à prossecução eficaz das suas atribuições e ao exercício dos seus poderes, incluindo as executadas no contexto da assistência mútua, da cooperação e da participação no Comité⁷⁶.”

A Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE) é uma organização multilateral composta atualmente por 36 países, cujo objetivo é promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social em todo o mundo e, com base em fatos e experiências da vida real, recomendar políticas por meio da cooperação e de ações coordenadas⁷⁷. Desde meados da década de 1970, a OCDE desempenha um papel importante na promoção do respeito pela privacidade como um

⁷⁵ As principais disposições sobre as autoridades de controle encontram-se nos considerandos n.ºs 117.º a 123.º; artigo 4.º (21) e artigos 51.º a 59.º do GDPR.

⁷⁶ EUR-LEX. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (GDPR)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1558484875745&from=EN>. Acesso em: 29/04/2019.

⁷⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 108.

valor fundamental e uma condição para o livre fluxo de dados pessoais através das fronteiras globais.

Nesse contexto, a organização emitiu dois importantes documentos: *Privacy Guidelines*, em 1980 e o *Declaration on Transborder Data Flows*, em 1985. Estas diretrizes influenciaram mundialmente o desenvolvimento da proteção de dados pessoais e estabeleceram padrões normativos a fim de assegurar o livre fluxo de informações entre seus países-membros⁷⁸. Em 2013, ambas passaram pela primeira revisão⁷⁹ desde seu lançamento e hoje são consideradas a “pedra angular” no trabalho da OCDE sobre privacidade.⁸⁰

As Diretrizes revisadas definem e explicitam a necessidade de se estabelecer e manter “autoridades de fiscalização da privacidade”. Para a OCDE, o termo “autoridade de proteção da privacidade” refere-se não apenas àquelas entidades do setor público, cuja missão principal é a aplicação das leis de privacidade, como aos reguladores, que têm a missão de proteger o consumidor, desde que tenham poderes para conduzir investigações ou trazer procedimentos no âmbito do cumprimento das “leis de proteção à privacidade”.⁸¹

A organização defende que os países membros devem estabelecer e manter autoridades de fiscalização com governança, recursos e conhecimentos técnicos necessários ao exercício eficaz dos seus poderes, para que possam tomar decisões “de forma objetiva, imparcial e consistente”. Além disso, devem se valer de mecanismos que garantam decisões livres de influências que possam comprometer seu julgamento profissional, objetividade ou integridade.⁸²

Atualmente, diversos países em desenvolvimento buscam aderir à OCDE, entre eles o Brasil. Para estes países, o ingresso na organização equivale à obtenção de

⁷⁸ Ibid., 2019, p. 118.

⁷⁹ OECD. *Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data*. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>. Acesso em: 29/04/19.

⁸⁰ OECD. *OECD work on privacy*. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/privacy.htm>. Acesso em 29/04/19.

⁸¹ OECD. *The OECD Privacy Framework*. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 30/04/2019.

⁸² OECD. *The OECD Privacy Framework*. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 02/05/2019. p. 28-30

um "selo de qualidade", que pode estimular investimentos e a consolidação de reformas econômicas⁸³.

A cooperação do Brasil com a OCDE teve início na década de 1990 e nos últimos anos estreitou-se. Hoje, praticamente todos os Ministérios e muitos órgãos da administração pública federal e estadual estão, de alguma forma, envolvidos na cooperação com a Organização. Em junho de 2015, o Brasil e a OCDE assinaram um acordo que permitirá o aprofundamento deste relacionamento bilateral. O acordo institucionaliza a participação brasileira em diversos foros e estabelece mecanismos para a definição de linhas de trabalho futuras. O pleito do Brasil de ingressar na Organização é uma prioridade do Governo Bolsonaro e, em 23 de maio de 2019, passou a ser apoiado oficialmente pelos Estados Unidos⁸⁴.

Entretanto, para alguns especialistas, se o Brasil não conseguir evidenciar que possui uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados independente e autônoma, conforme os padrões exigidos pela OCDE e pela União Europeia⁸⁵, corre-se o sério risco de o país não conseguir uma decisão de adequação o que, conseqüentemente, poderá dificultar também o seu ingresso na OCDE. Isso porque, a Organização avalia entre outros requisitos, a capacidade de *enforcement* das normas de proteção de dados pessoais no país estrangeiro e a independência da agência de proteção de dados, como já demonstrado anteriormente.⁸⁶ O órgão regulador é fundamental para a adequação ao modelo europeu que exige a independência e a autonomia, pois lida com casos muito complexos e que exigem uma capacidade técnica elevada.

⁸³ BRASIL. **O Brasil e a OCDE**. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em 02/05/2019.

⁸⁴ EXAME. **Estados Unidos passam a apoiar oficialmente adesão do Brasil à OCDE**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/eua-passa-a-apoiar-oficialmente-adesao-do-brasil-a-ocde/>. Acesso em: 02/05/2019.

⁸⁵ A Comissão Europeia convida outros países a se submeterem ao seu processo de adequação, e esse convite só é possível caso os países convidados cumpram com requisitos mínimos que incluem a existência de uma autoridade garante independente e autônoma. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados: estruturação e desafios regulatórios**. Disponível em: https://minhaagenda.nic.br/files/apresentacao/arquivo/480/Autoridade_nacional_de_protecao_de_dados_estruturacao_e_desafios_regulatorios.pdf. Acesso em: 02/05/19.

⁸⁶ MENDES, Laura Schertel. **Em palestra proferida no Workshop – Lei Geral de Proteção de Dados e MP 869**, em 22 de fevereiro de 2019, na sede do IDP-Brasília.

Para Laura Schertel, o que se defende “não é a criação de uma ‘super agência’, mas a necessidade de se garantir segurança jurídica e a centralidade de interpretação da Lei,” assegurados somente por meio de um modelo de autoridade independente⁸⁷. Garantir a centralidade na interpretação e a harmonização material da lei geral brasileira com o sistema europeu de proteção de dados, deve ser um fator fundamental para a Autoridade Nacional de Proteção de dados do Brasil. Certamente uma maior segurança jurídica trará consigo mais inovação para o país, embora o grande desafio do Brasil seja exatamente instituir uma ANPD que se aproxime dos atributos reconhecidos internacionalmente, principalmente em relação à autonomia e independência e que possa regular tanto o setor privado quando o setor público garantindo assim, a efetividade desejada por todos.

1.2 A importância do modelo de autoridade para o livre fluxo internacional e o processo de adequação europeu

As *Guidelines* da OCDE representam um consenso sobre os princípios básicos incorporados à legislação nacional de seus países membros. Consideradas as precursoras na adoção de padrões comuns para o livre fluxo de dados em âmbito internacional, seu objetivo desde os anos 80, é possibilitar a atividade comercial entre diversos países por meio da adoção e harmonização de regras nacionais que garantam o livre o fluxo internacional de informações.

Nos anos 80, as transferências de dados eram compostas, basicamente, por transmissões discretas ponto-a-ponto entre empresas ou governos⁸⁸, mas atualmente, o processamento de dados pessoais pode ocorrer tanto de forma física quanto digital. Na modalidade digital, as transferências ocorrem de forma simultânea, de qualquer local do mundo, por meio de computadores ou outros dispositivos móveis.

Esta dimensão internacional da disciplina dos dados pessoais deve ser observada quando analisamos a matéria numa perspectiva global, pois o fluxo de dados na era da informação, além de proporcionar diversas formas de comunicação, também

⁸⁷ MENDES, Laura Schertel. **Em palestra proferida no Workshop – Lei Geral de Proteção de Dados e MP 869**, em 22 de fevereiro de 2019, na sede do IDP-Brasília.

⁸⁸ OECD. *The OECD Privacy Framework*. p. 28-30 Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 02/05/2019.

promove o desenvolvimento do comércio internacional, contribuindo para a conformação de um sistema interligado por empresas e usuários em diferentes mercados e jurisdições.⁸⁹ Nesse contexto, de acordo com Danilo Doneda, torna-se necessária a garantia de um amplo grau de proteção, pois a disparidade de normas “pode ocasionar uma diminuição na proteção oferecida aos dados pessoais de um cidadão”, caso sejam tratados por outro país onde a “normativa seja mais permissiva.”⁹⁰

Embora existam diferentes abordagens legislativas nos diversos países que adotam o regime de proteção de dados pessoais, estudos apontam que há uma tendência à convergência das regras internacionais de proteção de dados, principalmente quanto à adoção de direitos e princípios comuns e,⁹¹ segundo Danilo Doneda, esta convergência dos modelos de proteção de dados pessoais em direção a um patamar global comum, é tida por alguns autores como um passo natural no desenvolvimento da matéria.⁹²

O GDPR, aplicável a todas as empresas que recolhem, armazenam e processam informações pessoais de cidadãos europeus, ainda que o tratamento ocorra fora dos seus limites territoriais,⁹³ possui um alcance global que não se limita apenas ao âmbito europeu.⁹⁴ Desde que entrou em vigor, o Regulamento é o único conjunto pan-europeu de normas gerais sobre proteção de dados pessoais aplicável à União Europeia. Conhecido como “balcão único”⁹⁵, sua finalidade é assegurar a proteção por meio de uma autoridade independente, responsável pelo controle das operações transnacionais, realizadas entre a União e outros países.

⁸⁹ INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE- IRIS. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa.** p.22. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pt/blog/gdpr-e-suas-repercussoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 02/05/2019.

⁹⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 308.

⁹¹ UNCTAD. Ver «*Data protection regulations and international data flows: Implications for trade and development*», CNUCED (2016). Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2016d1_en.pdf. Acesso em: 02/05/19.

⁹² *Ibid*, 2006, p 312.

⁹³ Art. 3(1), GPDR: "O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União".

⁹⁴ MADGE, Robert. *GDPR's global scope: the long story.* Disponível em: <https://medium.com/mydata/does-the-gdpr-apply-in-the-us-c670702faf7f>. Acesso em: 04/05/2019.

⁹⁵ EESC. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Intercâmbio e proteção de dados pessoais num mundo globalizado.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&from=EN>. Acesso em: 09/05/2019.

Fruto de uma ampla uniformização normativa (antes distribuída em 28 legislações nacionais), o objetivo central desta norma geral é assegurar um alto nível de confiança entre cidadãos europeus e operadores comerciais internacionais, além de uma proteção sistemática de dados, à partir de regras comuns. O regime europeu aplicável às transferências internacionais de dados prevê um amplo e variado conjunto de instrumentos que assegurem os fluxos de dados em várias situações, garantindo simultaneamente um elevado nível de proteção.

Cabe à Comissão Europeia analisar o nível de proteção do país estrangeiro e emitir uma decisão de adequação para a transferência transfronteiriça de dados pessoais, com base nos critérios apontados no artigo 45 e seguintes do GDPR. Esta verificação visa impedir ofensas a direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos europeus durante as transferências internacionais de dados.⁹⁶ Entre os instrumentos que garantem a confiança no fluxo internacional de dados, destaca-se a chamada “decisão de adequação”, que estabelece “uma série de requisitos específicos que deverão estar compreendidos no contrato que pretenda realizar uma transferência internacional de dados⁹⁷. Para o Comitê Econômico e Social Europeu,

uma decisão de adequação permite a livre circulação de dados pessoais a partir da UE, sem que o exportador de dados da UE tenha de aplicar garantias adicionais ou estar sujeito a outras condições. Ao concluir que a ordem jurídica do país em causa dispõe de um nível adequado de proteção, tal decisão reconhece que o sistema desse país se aproxima do sistema dos Estados-Membros da UE⁹⁸.

A adoção da decisão de adequação envolve a abertura de um diálogo específico e formas de cooperação estreita entre o país terceiro e a UE. Além de assegurar que um país não pertencente à UE possui um nível de proteção de dados “

⁹⁶ PIRODDI, Paola. *I trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi dopo la sentenza Schrems en el nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*. In: RESTA, Giorgio; ZENO-ZENCOVICH, Vincezo (Coord.). *La protezione transazionale dei dati personali*. Roma: Roma-Tre Press, 2016. p. 198-199. apud INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE- IRIS. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa**. p.21. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pt/blog/gdpr-e-suas-repercussoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 05/05/2019.

⁹⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 316.

⁹⁸ EESC. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Intercâmbio e proteção de dados pessoais num mundo globalizado**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&from=EN>. Acesso em: 05/05/2019.

substancialmente equivalente”⁹⁹ ao nível europeu, ela permite a livre circulação de dados pessoais entre o país estrangeiro e a UE sem a necessidade de outras garantias ou de qualquer outra autorização. Dessa forma, as transferências para o país estrangeiro equiparam-se às transmissões de dados no interior da UE, permitindo um acesso privilegiado ao mercado único europeu e abrindo simultaneamente os canais comerciais para os operadores de diversos países.

Para a concessão da decisão de adequação o que se exige não é um nível de igual proteção, tendo em vista as diferenças culturais entre os diversos países, o que é exigível, de acordo com o GDPR, é um nível de proteção “comparável” ou “essencialmente equivalente” ao europeu garantido assim, a confiança e a proteção exigidas pela União Europeia nos fluxos internacionais.

Para avaliar a adequação de um sistema estrangeiro de proteção de dados, a Comissão leva em consideração alguns elementos essenciais. Entre os elementos avaliados, destaca-se a existência de uma autoridade de controle independente e com funcionamento efetivo, que assegure e imponha o respeito às normas de proteção de dados pessoais¹⁰⁰. Até agora, a Comissão Europeia reconheceu Andorra, Argentina, Canadá¹⁰¹ (organizações comerciais), Ilhas Faroé, Guernsey, Israel, Ilha de Man, Japão, Jersey, Nova Zelândia, Suíça, Uruguai e Estados Unidos da América (limitado ao *Privacy Shield*) como países que fornecem uma adequada proteção de dados pessoais, segundo os critérios europeus.¹⁰²

A transferência internacional de dados¹⁰³ está prevista na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei 13.709/2018) como uma das formas de tratamento de dados pessoais. Tal como ocorre no GDPR, a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Brasileira (ANPD) será primordial para a garantia do fluxo transfronteiriço

⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE, de 6 de outubro de 2015, no processo C-362/14, *Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner*, nº73, 74 e 96. Ver também o considerando 104 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e o considerando 67 da Diretiva Cooperação Policial que fazem referência à norma de equivalência essencial.

¹⁰⁰ Artigo 45.º (2) do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

¹⁰¹ As decisões relativas ao Canadá e aos Estados Unidos são decisões de adequação parciais.

¹⁰² Decisões de Adequação: como a UE determina se um país não pertencente à UE possui um nível adequado de proteção de dados. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_lt. Acesso em: 08/05/19.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Artigo 5, incisos X e XV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 08/05/19.

de dados.¹⁰⁴ De acordo com a norma brasileira, a adequação de normas estrangeiras à LGPD será avaliada pela autoridade¹⁰⁵ levando-se em consideração elementos como: a existência de legislações gerais e setoriais em vigor no país estrangeiro ou no organismo internacional de destino; a natureza dos dados pessoais; a observância aos princípios e direitos dos titulares e a adoção de medidas de segurança. A Lei 13.709/2018 também prevê que a transferência internacional de dados só será permitida para países que possuam um adequado grau de proteção de dados pessoais.¹⁰⁶

Inspirada nas normas da OCDE, a Lei também confere autorização de transferência internacional de dados ao controlador¹⁰⁷ quando comprovadas as garantias de cumprimento de princípios e direitos assegurados ao titular. Esse regime de proteção poderá ocorrer de diversas formas, tais como por meio de cláusulas contratuais específicas ou padronizadas; normas corporativas globais ou mesmo de selos, certificados e códigos de conduta¹⁰⁸.

A transferência para cooperação jurídica internacional, deverá ser autorizada pela ANPDB e, caso haja algum incidente de segurança com os dados pessoais, que acarretem risco ou dano ao seu titular (tais como vazamento ou uso inadequado), o controlador deverá comunicá-los em prazo razoável à autoridade¹⁰⁹ que, por sua vez, levando em consideração a gravidade do incidente, poderá determinar ao controlador providências como a ampla divulgação do ocorrido ou adoção de medidas que mitiguem ou revertam tal incidente¹¹⁰.

Percebe-se que a Lei nº 13.709/2018 (LGPD) revela forte influência do modelo europeu de proteção de dados, sobretudo no que diz respeito à transferência internacional. Por isso, verifica-se que a LGPD, assim como o GDPR, adota um critério

¹⁰⁴ BATISTA LUZ ADVOGADOS. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos**. Disponível em: en.baptistaluz.com.br. Acesso em: 08/05/19.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 2018, Artigo 34, *caput*.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 2018, Artigo 33, inciso I.

¹⁰⁷ O Controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. *Ibid.*, 2018, Artigo 5º, inciso, VI.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 2018, Artigo 33, inciso II.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**, Artigo 48, *caput* e § 1º.

¹¹⁰ *Ibid.*, 2018, Artigo 48, §2º, incisos I e II.

essencialmente geográfico¹¹¹ para definir as situações em que pode ou não ocorrer a transferência internacional de dados¹¹².

Nesse sentido, com base no artigo 3º, §1º e §2º, é possível afirmar que alguns dos setores potencialmente atingidos pelo âmbito de aplicação material e territorial da Lei serão:

(i) empresas brasileiras da área de tecnologia da informação que atuem como subcontratantes ou operadores, efetuando o tratamento de informações de natureza pessoal em nome de entidades responsáveis com estabelecimento na União Europeia; (ii) empresas que desenvolvem atividades relacionadas ao turismo ou ao deslocamento de pessoas residentes na Europa para o Brasil (por exemplo, as companhias aéreas e seus *websites*), que figurem como responsáveis pelo tratamento de dados pessoais; (iii) empresas atuantes no comércio eletrônico com prestação de serviços personalizados ou aplicativos brasileiros que façam uso de programas de rastreamento (*tracking*) dos usuários residentes na União Europeia e técnicas de perfilamento automatizado individual ou coletivo¹¹³.

Ainda não existe uma decisão de adequação europeia que reconheça o Brasil como país terceiro detentor de um nível adequado de proteção de dados pessoais. Para o Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio- ITS, a existência de uma Autoridade Nacional independente e com elevada autonomia é um dos requisitos para que o Brasil e sua legislação sejam reconhecidos como adequados ao modelo de tratamento de dados pessoais estabelecido na Europa por meio do GDPR¹¹⁴.

Para o ITS, “uma maior compatibilidade entre os diferentes sistemas pode facilitar os fluxos internacionais de dados” beneficiando os mais diversos setores da

¹¹¹ O modelo geográfico de regulamentação do fluxo de dados entre fronteiras nacionais, tem como objetivo a proteção contra riscos gerados pelo país ou localidade para qual os dados serão transferidos. KUNER, Christopher. *Regulation of transborder data flows under data protection and privacy law: past, present and future*. OECD Digital Economy Papers, n. 187, OECD Publishing, 2011. p. 20. apud INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE- IRIS. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa**. p.21. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pt/blog/gdpr-e-suas-repercussoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 15/05/2019.

¹¹² As disposições em relação à transferência internacional de dados pessoais estão disciplinadas nos Artigos 44 a 50 do Regulamento Europeu.

¹¹³ BATISTA LUZ ADVOGADOS. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos**. p. 20. Disponível em: en.baptistaluz.com.br. Acesso em: 15/05/19.

¹¹⁴ ITS. **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais. 2018**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf> Acesso em: 18/05/2019.

economia. O Instituto exemplifica a importância dessa decisão para o mercado brasileiro dando como exemplo o caso de uma empresa portuguesa:

uma vez reconhecida a adequação do sistema de proteção de dados do Brasil pela Comissão da União Europeia, empresas portuguesas poderiam transferir seus *call centers* para o Brasil, já que a transferência internacional de dados entre Portugal e Brasil seria facilitada e não dependeria de maiores arranjos contratuais, como ocorre hoje em dia. O mesmo poderia acontecer com *datacenters* ou mesmo provedores de computação na nuvem, já que as barreiras impostas pelo GDPR à transferência internacional de dados para países que não têm nível adequado de proteção de dados não se aplicariam ao Brasil, o que, como consequência, atrairia não apenas novos investimentos para o Brasil, como também a possibilidade de expansão dos negócios existentes, em razão da possibilidade de atender a todo o mercado da União Europeia.¹¹⁵

A autoridade é essencial para viabilizar a inserção comercial do Brasil no fluxo internacional de dados e “a existência de uma autoridade independente é um dos requisitos para que o Brasil tenha reconhecida a adequação de suas normas.”¹¹⁶ A análise de adequação, no critério autoridade de proteção de dados, levará em conta especialmente a independência da ANPDB em aspectos como: estrutura/organização, exercício de funções/atribuições e poderes¹¹⁷. Além disso, para o ITS, a existência de uma autoridade independente poderá facilitar o ingresso do Brasil na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹¹⁸

A LGDP se refere à autoridade em mais de 50 ocasiões, portanto, não dotá-la dos principais atributos consagrados mundialmente colocará em risco o diálogo do Brasil com a União Europeia e os principais mercados mundiais, dificultando o trânsito de dados pessoais nos principais países do mundo. Isso reforça ainda mais a importância

¹¹⁵ *Ibid*, 2018.

¹¹⁶ *Ibid*, 2018.

¹¹⁷ Conforme o artigo 45(2, b) do GDPR: “2. Ao avaliar a adequação do nível de proteção, a Comissão tem nomeadamente em conta os seguintes elementos: (...) b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros;”

¹¹⁸ OECD. *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>. Acesso em: 18/05/19.

econômica e social da autoridade garante no reequilíbrio da assimetria informacional¹¹⁹ entre agentes de tratamento e titulares dos dados, pois dos países que possuem leis de proteção e dados, mais de 90% possuem autoridades garantes aptas a implementar a lei.

Isso tudo só será possível caso a autoridade tenha capacidade técnica e autonomia frente a outros órgãos estatais, de modo a garantir, inclusive, a sua atuação em relação ao tratamento de dados pelo Poder Público. Assim, o principal desafio da ANPDB será centralizar e conferir uniformidade à aplicação da LGPD no Brasil.

2 OS ATRIBUTOS DAS AUTORIDADES DE PROTEÇÃO DE DADOS MAIS EFICAZES DO MUNDO

A Confederação Nacional da Indústria-CNI e o Conselho Empresarial Brasil-Estados Unidos publicaram, em 2017, o relatório “Em busca de soluções: atributos de autoridades de proteção de dados eficazes”¹²⁰, versão em português da pesquisa desenvolvida pelo escritório de advocacia americano *Hunton & Williams LLP* em parceria com a *United States Chamber of Commerce*¹²¹.

A pesquisa identificou os sete atributos-chave das autoridades mais efetivas do mundo e verificou que seu nível de eficácia varia de acordo com sua estrutura, funções e recursos disponíveis. Concluiu ainda, que as ANPDs verdadeiramente eficazes tratam aqueles a quem regulam como parceiros ao invés de adversários, compartilhando o compromisso de promover educação, conscientização e orientações, a fim de auxiliar a comunidade regulada. Transparência, aptidão para colaboração e constante evolução tecnológica também são qualidades marcantes das autoridades mais eficazes, de acordo com o relatório.

¹¹⁹ NIC.BR. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados: estruturação e desafios regulatórios**. Disponível em: https://minhaagenda.nic.br/files/apresentacao/arquivo/480/Autoridade_nacional_de_protecao_de_dados_estruturação_e_desafios_regulatórios.pdf. Acesso em: 19/05/19.

¹²⁰ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Em busca de soluções: atributos de autoridades de proteção de dados eficazes**. – Brasília: CNI, 2017. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2017/8/em-busca-de-solucoes-atributos-de-autoridades-de-protecao-de-dados-eficazes/>. Acesso em: 18/05/2019.

¹²¹ USCHAMBER. *Seeking Solutions: Attributes of Effective Data Protection Authorities*. Disponível em: <https://www.uschamber.com/report/seeking-solutions-attributes-effective-data-protection-authorities>. Acesso em 19/05/19.

Embora todas as autoridades garantes tenham o dever de proteger dados pessoais, suas metodologias, práticas e escopos de trabalho muitas vezes são diferentes nos diversos países do mundo, por isso, esta seção analisará alguns modelos internacionais a fim de identificar quais são suas principais diferenças, semelhanças e o que as torna mais eficazes.

O descumprimento das normas de proteção de dados nem sempre é intencional¹²², sendo muitas vezes causado pela falta de conhecimento, compreensão ou conscientização. Por isso, é tão importante o compromisso de promover a educação e a conscientização dos regulados por parte das ANPDs. Além disso, as autoridades que apresentam aptidão para colaborar e buscar conhecimentos sobre a evolução dos ambientes de tecnologia e negócios têm maior impacto em suas respectivas jurisdições. Esta colaboração¹²³ pode ocorrer através de treinamentos e opiniões de especialistas, como acadêmicos, técnicos, consultores, economistas e organizações de pesquisa.

A transparência¹²⁴ é outra característica das ANPDs eficazes. Agir de forma transparente é importante para que as partes compreendam as decisões e as razões que influenciaram a fiscalização ou as iniciativas políticas da autoridade. Por meio da transparência é possível construir confiança nas decisões e ações da autoridade e impedir que elas sejam consideradas arbitrárias ou inconsistentes. Há diversas formas de demonstrar transparência, uma delas é a publicação de relatórios anuais sobre o estado de proteção dos direitos de privacidade nas jurisdições¹²⁵.

Em Israel, a ANPD é obrigada a publicar relatórios anuais referentes à supervisão e à fiscalização do cumprimento das normas no ano anterior¹²⁶. Além disso, a Comissão Pública de Proteção da Privacidade de Israel, organismo independente cujos membros são professores e profissionais de privacidade, emite o seu próprio comentário

¹²² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Em busca de soluções: atributos de autoridades de proteção de dados eficazes**. – Brasília: CNI, 2017. p. 14-16. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2017/8/em-busca-de-solucoes-atributos-de-autoridades-de-protecao-de-dados-eficazes/>. Acesso em: 18/05/2019.

¹²³ *Ibid.*, 2017, p. 20

¹²⁴ *Ibid.*, 2017, p. 21.

¹²⁵ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II*, 2010. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf. Acesso em: 18/05/19.

¹²⁶ ISRAEL. *Protection of Privacy Law*, 5741–1981, section 10a. Disponível em: <https://www.gov.il/en/departments/legalInfo/legislation>. Acesso em: 19/05/19.

no relatório anual, com recomendações e exigências de ações concretas. A autoridade israelita está sujeita ainda à supervisão parlamentar pelo Comitê de Constituição, Direito e Justiça, que, normalmente, dedica uma das suas sessões para deliberar sobre o Relatório e sobre o comentário público da Comissão.

A autoridade da Itália, distribui informativos mensais com as decisões mais atualizadas e os regulamentos adotados¹²⁷, enquanto a autoridade francesa oferece avisos antecipados dos seus planos de auditoria e das suas prioridades de cada ano por meio de alerta de seu programa de inspeção anual¹²⁸.

Atributos estruturais de gestão também são características muito importantes para se avaliar a efetividade de uma ANPD. Elementos chave como a fonte de fundos financeiros; o sistema de nomeação e afastamento de funcionários; a autoridade de tomada de decisões; a autonomia e o âmbito jurisdicional e de aplicação da autoridade, devem ser levados em consideração, pois podem ter um impacto significativo sobre sua autonomia e eficácia.

Quanto ao financiamento, existem diferentes possibilidades. Segundo o relatório da CNI¹²⁹, algumas autoridades são totalmente financiadas pelos respectivos governos e não por meio de suas atividades de fiscalização (taxas de registro ou receitas de sanções). A maioria das ANPDs dos estados membros da UE é totalmente financiada por seus orçamentos governamentais nacionais. Como exemplo, podemos citar as autoridades da Estônia, França, Itália e dos Países Baixos¹³⁰. Fora da Europa, as autoridades do México, Nova Zelândia e da Coreia do Sul, são totalmente financiadas por seus respectivos governos nacionais.

Ainda quanto ao financiamento, há autoridades financiadas tanto pelos respectivos governos quanto por meio das suas atividades de fiscalização, como por

¹²⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II, 2010*. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf. Acesso em: 18/05/19.

¹²⁸ CNIL. *Program des controles. 2015a*. Disponível em: <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/program-des-controles-2015>. Acesso em: 20/05/19.

¹²⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Em busca de soluções: atributos de autoridades de proteção de dados eficazes**. – Brasília: CNI, 2017. p. 36. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2017/8/em-busca-de-solucoes-atributos-de-autoridades-de-protecao-de-dados-eficazes/>. Acesso em: 18/05/2019.

¹³⁰ *Ibid.*, 2010.

exemplo, Hong Kong, Israel, Luxemburgo e Malta¹³¹. Já no Reino Unido, as taxas de inscrição são a única fonte de financiamento para a ANPD do país¹³². Além do Reino Unido, autoridades de países como Áustria, Bulgária, Romênia, Chipre, França, Grécia, Itália, Letônia, Países Baixos, Portugal e Eslováquia também têm relatado prejuízos pela falta de financiamento e de pessoal.

Outro fator importante é a forma de nomeação e afastamento dos seus dirigentes. Para que uma ANPD seja estruturalmente mais autônoma e eficaz, os processos de nomeação e afastamento de funcionários devem ser transparentes, justos e imparciais. As autoridades nacionais devem ser vistas como reguladoras confiáveis e que não dependam de influências externas e agendas políticas.

A independência de algumas ANPDs foi questionada pela Comissão Europeia que demonstrou preocupação quanto às nomeações políticas dos seus dirigentes ou supervisionados por um ministério de governo específico. Segundo o Conselho, tais nomeações parecem ter limitado a ação contra outras instituições públicas onde houve violação da proteção de dados. Em 2010, o Tribunal de Justiça da união Europeia-TJUE se pronunciou pela primeira vez sobre o âmbito da exigência de independência das autoridades de controle no domínio da proteção de dados. No processo que deu origem ao acórdão Comissão/Alemanha¹³³, o TJUE sublinhou que

as autoridades de controlo eram «as guardiãs» dos direitos relacionados com o tratamento de dados pessoais garantidos pela Diretiva e que a sua instituição nos Estados- Membros era, portanto, considerada «um elemento essencial da proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais». O Tribunal de Justiça concluiu que «no exercício das suas funções, as autoridades de controlo devem agir de forma objetiva e imparcial. Para tal, devem estar ao abrigo de qualquer influência externa, incluindo a influência, direta ou indireta, do Estado ou dos Länder, e não apenas da influência dos organismos controlados».¹³⁴

¹³¹ *Ibid.*, 2010.

¹³² *Ibid.*, 2010.

¹³³ EUR-LEX. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 9 de Março de 2010.

Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0518&lang1=en&type=NOT&ancre=>. Acesso em: 20/05/19.

¹³⁴ *Ibid.*, 2010.

Dessa forma, o Tribunal entendeu à época¹³⁵, que as instituições alemãs de proteção de dados responsáveis pela fiscalização do tratamento de dados pessoais por organismos não públicos não eram suficientemente independentes porque estavam sujeitas à tutela do Estado.

Para o Tribunal de Justiça da União Europeia, as ANPDs devem permanecer livres de influências externas, sejam elas diretas ou indiretas do Estado. “O simples risco de influência política por meio do Estado é suficiente para dificultar o desempenho independente das tarefas da ANPD¹³⁶.”

Em países europeus como a Alemanha, Eslovênia e Grécia, os funcionários da ANPD são eleitos por assembleias legislativas. Na Grécia, exige-se um consenso entre a situação e a oposição ao governo antes que um funcionário de uma ANPD seja nomeado. Por outro lado, em países como Hong Kong, Irlanda, Israel, Luxemburgo, Filipinas, Reino Unido, Lituânia e Estônia, os funcionários da ANPD são diretamente nomeados pelos respectivos governos sem dar a oportunidade de que as vozes da oposição da legislatura questionem a nomeação.

Na Dinamarca e Letônia, as ANPDs são vinculadas aos seus respectivos Ministérios da justiça. Nestes casos, muitas vezes, surge a dúvida se os funcionários nomeados são realmente capazes de garantir essa autonomia, ou se não estão comprometidos apenas com os políticos que os colocaram no escritório.¹³⁷

Em alguns países, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e as organizações públicas são envolvidos no processo de designação e nomeação da ANPD. Entre esses países estão a França, México, Espanha, Portugal e Bélgica.

Nos EUA, o presidente nomeia um indivíduo para ser um Comissário da *Federal Trade Commission- FTC*¹³⁸ e a nomeação deve ser confirmada pelo Senado antes

¹³⁵ FRA. *Handbook on European data protection law 2018 edition*. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf. Acesso em: 05/06/19.

¹³⁶ *Ibid.*, 2018.

¹³⁷ EUR-LEX. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 9 de março de 2010. Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha.** Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0518&lang1=en&type=NOT&ancr> e=. Acesso em: 20/05/19.

¹³⁸ A *Federal Trade Commission* é uma agência independente do governo dos Estados Unidos, criada em 1914. Sua principal missão é a promoção da proteção ao consumidor e a eliminação e prevenção de práticas comerciais anticompetitivas. Fonte: <https://www.ftc.gov/>

que o indivíduo tome posse¹³⁹. No México, o poder Legislativo nomeia sete comissários, que podem ser vetados pelo presidente no prazo de dez dias a contar da nomeação¹⁴⁰. Quanto mais entidades participam do processo de seleção dos cargos, maior será a capacidade e o incentivo para que a autoridade aja de forma justa e independente. Quando as ANPDs são exclusivamente nomeadas por uma entidade governamental ou política, há o risco de que elas não sejam tão autônomas quanto se espera.

Os limites de prazo e as práticas de remoção dos cargos ajudam a reduzir pressões e influências políticas, tornando a ANPD mais independente. O Estudo da Agência Europeia demonstrou que em alguns países como a Irlanda e a Nova Zelândia, é o próprio governo que pode diretamente remover os funcionários da ANPD. Este fato suscita a preocupação se, de fato, tais funcionários podem ser verdadeiramente independentes, especialmente quando há uma monitoração do cumprimento governamental das leis de proteção de dados¹⁴¹.

Para o estudo europeu, procedimentos de remoção tendem a ser justos quando: são claramente codificados em lei e incluem salvaguardas destinadas a evitar a remoção de funcionários por razões arbitrárias ou políticas. Para promover uma ANPD eficaz, justa e independente, os seus funcionários precisam saber que serão removidos do poder quando não forem mais eficazes ou quando agirem de modo oposto aos interesses da sociedade e não baseados em caprichos do poder político.

Os principais elementos estruturais para a análise da efetividade de uma ANPD são a autoridade para a tomada de decisão e autonomia. Em algumas jurisdições, os poderes da ANPD são estabelecidos em lei. Em países como o México, Portugal e a Grécia, as constituições reconhecem explicitamente a existência e as competências das suas autoridades garantes. Em Malta e na Espanha, as ANPDs têm distintas personalidades jurídicas. Já a autoridade da Eslovênia, tem o direito de iniciar ações

¹³⁹ SOLOVE, Daniel J.; HARTZOG, Woodrow. *The FTC and the New Common Law of Privacy*. Colum. 114, L. Rev. 583, 608. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312913. Acesso em 21/05/19.

¹⁴⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>. Acesso em: 21/05/19.

¹⁴¹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II, 2010*. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf. Acesso em: 21/05/19.

judiciais e questionar a constitucionalidade da legislação perante o tribunal constitucional nacional. Nos EUA, a FTC tem recebido progressiva autonomia para a tomada de decisão.¹⁴²

De acordo com o relatório da CNI, autoridade e independência trazem consigo grande responsabilidade, pois quanto mais potente e independente uma autoridade nacional for, mais responsável e transparente com suas ações ela deverá ser.

A experiência de outros países demonstra a importância de uma autoridade nacional autônoma, específica para a aplicação eficiente de leis de proteção de dados pessoais. Vários países podem servir de inspiração para o modelo brasileiro. Por isso, a seguir, serão analisados os modelos de autoridades nacionais da União Europeia, Reino Unido, França, Itália, Argentina e Uruguai.

3 MODELOS DE AUTORIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS NA EUROPA

O modelo europeu de autoridade estruturou-se ao longo de mais de quarenta anos e hoje está subordinado ao GDPR. Ao abrigo da legislação da UE e da legislação do Conselho da Europa, a criação de autoridades de supervisão é obrigatória e exige-se que cada autoridade supervisora atue com total independência no desempenho das suas funções, no exercício dos seus poderes e na sua estrutura organizacional.

3.1 Autoridade Europeia para a Proteção de Dados- AEPD

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) foi criada em 2004. Com sede em Bruxelas,¹⁴³ a AEPD é uma autoridade de supervisão independente cada

¹⁴² SOLOVE, Daniel J.; HARTZOG, Woodrow. *The FTC and the New Common Law of Privacy*. Colum. 114, L. Rev. 583, 608. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312913. Acesso em 21/05/19.

¹⁴³ A Autoridade Europeia para a proteção de dados foi criada pelo Regulamento (CE) n. 45/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000. A norma também estabeleceu suas funções, os poderes e independência institucional. Em 10 de janeiro de 2017, a Comissão Europeia adotou uma proposta que revoga o mencionado Regulamento e o alinha como Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR). EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Regulamento (CE) n. 45/2001**. Disponível em: <https://edps.europa.eu/node/2995>. Acesso em: 27/05/19.

vez mais influente, chefiada por um supervisor e um supervisor-assistente e apoiada por um gabinete (secretariado) de advogados experientes, especialistas em TI e administradores. Nomeados em 2014, seus atuais supervisores possuem mandato de cinco anos (2015 a 2019).¹⁴⁴

Dotada dos poderes de investigação, correção, autorização e consultivos,¹⁴⁵ compete à AEPD zelar pelo respeito às regras de privacidade que regem o tratamento, a coleta, o registro, o armazenamento, a extração e o envio de dados pessoais dos cidadãos europeus. Entre suas principais funções estão: (i) controlar o processamento e tratamento de dados pessoais de cidadãos europeus; (ii) emitir opinião à Comissão Europeia quando consultada sobre propostas de legislação e acordos internacionais com impacto na proteção de dados e na privacidade; (iii) monitorar novas tecnologias que possam afetar a proteção de informações pessoais; (iv) intervir junto ao Tribunal de Justiça da UE para prestar aconselhamento especializado sobre a interpretação da legislação em matéria de proteção de dados e (v) cooperar com outras autoridades de supervisão para melhorar a coerência do sistema de proteção de dados pessoais.¹⁴⁶

Por meio da transparência, refletida principalmente no site da instituição, a autoridade deixa evidente o seu compromisso em explicar o que faz e por qual razão o faz, em linguagem clara e acessível a todos, buscando sempre entender as necessidades dos *stakeholders*, encontrando soluções que funcionem na prática.¹⁴⁷ Além disso, através de decisões técnicas e adequadas, a AEPD utiliza-se de valores fundamentais como a imparcialidade, a independência e a integridade¹⁴⁸.

A nomeação da AEPD ocorre com base em uma lista estabelecida pela Comissão seguida de um convite público a todas as pessoas interessadas para a apresentação de candidaturas. A lista formada por no mínimo por três candidatos é

¹⁴⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Vacancy for the European Data Protection Supervisor*. COM/2014/10354. 2014/C 163 A/02. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3AC2014%2F163A%2F02>. Acesso em: 27/05/19.

¹⁴⁵ Artigo 58 do Regulamento (UE) 2018/1725.

¹⁴⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *About*. Disponível em: https://edps.europa.eu/edps-homepage_en?lang=pt. Acesso em: 31/05/19.

¹⁴⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Annual Report 2017*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-15_annual_report_2017_en.pdf. Acesso em: 29/05/19.

¹⁴⁸ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO- ITS. **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 28/05/2019.

pública e deve ser constituída por pessoas que ofereçam todas as garantias de independência à autoridade. Além disso, os candidatos devem ser especializados em proteção de dados e ter experiência para o desempenho das funções.¹⁴⁹

Na UE, a exigência de independência das ANPD é estabelecida por lei: o artigo 16º (2), do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) e o artigo 8º (3) da Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹⁵⁰. Para o Tribunal de Justiça da União Europeia, o controle por uma autoridade independente é um requisito essencial do direito à proteção de dados. Segundo o Tribunal, a autoridade supervisora deve agir com total independência, o que implica um poder de decisão independente de qualquer influência externa direta ou indireta. A AEPD também é responsável pelo controle das transferências internacionais para países não pertencentes à UE¹⁵¹.

3.2 Autoridade do Reino Unido para a Proteção de Dados (*Information Commissioner's Office - ICO*)

O Gabinete do Comissário de Informação do Reino Unido é a Autoridade independente criada para defender direitos de informação, promovendo a abertura de dados pelos órgãos públicos e a privacidade de dados para os indivíduos¹⁵². O ICO é um órgão público executivo não departamental, que se reporta diretamente ao Parlamento e é financiado pelo departamento responsável pelos setores digital, cultural, midiático e esportivo do país.

No Reino Unido, os funcionários do ICO são diretamente nomeados pelo governo sem a participação da oposição. Com sede na cidade de Cheshire, na Inglaterra, a autoridade conta com mais de 500 funcionários distribuídos em escritórios em

¹⁴⁹ Artigo 53 do Regulamento (UE) 2018/1725 de 23 de outubro de 2018 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados. O documento revoga o Regulamento (CE) nº 45/2001 e a Decisão nº 1247/2002/CE para se adequar ao GDPR, a fim de garantir um regime de proteção de dados sólido e coerente na União. **REGULAMENTO (UE) 2018/1725 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=PT>. Acesso em: 31/05/2019.

¹⁵⁰ Artigo 8º (3) “O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 31/05/19.

¹⁵¹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Data Protection*. Disponível em: <https://edps.europa.eu/data-protection/en/#Independance>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁵² ICO. *Who we are*. Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/who-we-are/>. Acesso em: 31/05/19.

Wilmslow, Irlanda do Norte, Escócia e País de Gales e lida com mais de 16.000 reclamações anuais¹⁵³ relacionadas a proteção de dados pessoais.

Diferente das demais Autoridades de Proteção europeias, seu orçamento é composto apenas por receitas oriundas da cobrança de taxa dos controladores de dados, o que de certa forma fragiliza sua independência financeira.¹⁵⁴ De acordo com um estudo da *European Union Agency for Fundamental Rights*¹⁵⁵, a falta de pessoal e de recursos financeiros adequados são riscos relevantes para a sua autonomia e podem “representar uma barreira” à resposta do ICO aos desafios da proteção de dados trazidos pelas novas tecnologias¹⁵⁶.

Entre as principais ferramentas e poderes desenhados para promover a conformidade de instituições e pessoas com as leis relacionadas à proteção de dados, estão por exemplo, a possibilidade de processo criminal, penalidades monetárias, aplicação e fiscalização do cumprimento da lei e, em algumas circunstâncias, auditoria. A busca pela adequação de sua legislação de proteção de dados com o GDPR é um tema que vem preocupando o Reino Unido¹⁵⁷, especialmente com a proximidade da concretização de sua saída da União Europeia (*Brexit*), o que levou o país a aprovar recentemente uma nova lei sobre a proteção de dados pessoais o *Data Protection Act em 2018*. De acordo com a Comissária de Informação, atualmente a maior preocupação do ICO é, sobretudo, com a adequação do país ao modelo europeu¹⁵⁸.

¹⁵³ ICO. *History of the ICO*. Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/our-information/history-of-the-ico/>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁵⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities (Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II)*, 2010, p. 20. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/data-protection-european-union-role-national-data-protection-authorities>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 2010.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 2010.

¹⁵⁷ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO- ITS. **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁵⁸ AMBERHAWK. *European Commission rejects Government's approach for personal data transfers as ICO doubts the UK will obtain an adequacy decision*. Disponível em: <http://amberhawk.typepad.com/amberhawk/2018/05/european-commission-rejects-governments-approach-for-personal-data-transfers-as-ico-doubts-the-uk-wi.html>. Acesso em: 31/05/19.

3.3 Autoridade Italiana para a Proteção de Dados Pessoais (*Garante per la Protezione dei Dati Personali*)

O Garantidor Italiano da Proteção de Dados foi estabelecido pela Lei nº 675 de 31 de dezembro de 1996 e é uma autoridade administrativa que opera em plena autonomia e com julgamento e avaliação independentes¹⁵⁹. O Decreto Legislativo nº 101 de 10 de agosto de 2018, confirmou que o Garante é a autoridade de supervisão designada também para fins de implementação do Regulamento Geral relativo à proteção de dados pessoais (UE) 2016/679 (art. 51).¹⁶⁰

Todas áreas nas quais é necessário garantir um adequado tratamento dos dados e o respeito pelos direitos das pessoas quanto à utilização de suas informações pessoais estão sujeitas à atuação da autoridade italiana que, além de independente, foi estruturada para ser autônoma e transparente. A Autoridade italiana garante a acessibilidade total às informações sobre sua organização e atividades, com o objetivo de facilitar o controle institucional e o uso dos recursos a ela atribuídos.

Entre suas principais atribuições destacam-se: (i) adotar as medidas previstas na legislação quanto à proteção de dados pessoais; (ii) informar o Parlamento e outros organismos e instituições sobre a necessidade de se adotar atos normativos e administrativos relativos à proteção de dados pessoais; (iii) participar de discussões sobre iniciativas legislativas em audiências no Parlamento, entre outras.

Quanto à sua composição, o *Garante per la protezione dei dati personali* é um órgão colegiado formado por quatro membros, dois dos quais eleitos pela Câmara dos Deputados e dois pelo Senado da República. Os membros são escolhidos entre pessoas que asseguram a independência e que são especialistas de reconhecida competência em matéria de direito ou tecnologia da informação, garantindo a presença de ambas as qualificações¹⁶¹.

¹⁵⁹ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Legge n. 675 del 31 dicembre 1996 - Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*. Disponível em: <<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁶⁰ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *L'Autorità*. Disponível em: <<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita>>. Acesso em 31/05/19.

¹⁶¹ Artigo 30 (3 e 4) da Lei nº 675, de 31 de dezembro de 1996 - Proteção de pessoas e outros assuntos relativos ao tratamento de dados pessoais. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Legge n. 675 del 31 dicembre 1996 - Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati*

O presidente e os membros permanecem no cargo por quatro anos, não podem ser designados mais de uma vez e durante toda a duração da designação, não poderão exercer, sob pena de caducidade, qualquer atividade profissional ou de consultoria, nem ser diretores ou empregados de órgãos públicos ou privados, ou ocupar cargos eletivos.

A autoridade italiana é composta por 162 membros recrutados por meio de concurso público¹⁶² e a atividade dos seus funcionários, consultores e regulados deve respeitar a posição de independência reconhecida ao garantidor, de acordo com o seu Código de Ética¹⁶³. Por isso, no desempenho de suas tarefas espera-se que a ela atue com imparcialidade e transparência na atividade administrativa, cumprindo também, quando for o caso, o dever de confidencialidade.

3.4 A Autoridade Nacional Francesa encarregada pela Proteção de Dados (*Commission Nationale de L'informatique et des Libertés* - CNIL)

A França é historicamente reconhecida como um Estado atento à proteção dos direitos e liberdades individuais de seus cidadãos. Assim, não por acaso, a autoridade nacional encarregada pela proteção de dados pessoais naquele país, a CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*), foi instituída já no em 1978.¹⁶⁴

Sua implementação se deu por meio da Lei nº 78-17 de janeiro de 1978¹⁶⁵, conhecida como a *Loi Informatique et Libertés*. O diploma legal sofreu diversas alterações com o passar dos anos e se adaptou a novas demandas e textos legais, inclusive o Regulamento Europeu sobre a Proteção de Dados.¹⁶⁶

personali. Disponível em: <<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁶² DLA PIPER. *National Data Protection Authority*. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=authority&c=IT&c2=AR>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁶³ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Il codice ético*. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita/codice-etico>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁶⁴ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO- ITS. **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 01/06/2019.

¹⁶⁵ LEGIFRANCE.GOUV.FR. *Loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=20180201>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁶⁶ Recentemente, foram aprovados a Lei nº 55/ 2017, sobre o estatuto geral das autoridades administrativas e públicas independentes e o seu decreto regulamentador, Decreto nº 232/ 2018. *LOI nº 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des*

A CNIL é classificada como uma autoridade administrativa de controle independente¹⁶⁷, por isso, pressupõe-se que o desempenho de suas funções deve ocorrer de forma totalmente autônoma das demais atividades desempenhadas pelo Estado francês. A autonomia da autoridade também é evidenciada pela leitura do artigo 21¹⁶⁸ do referido diploma, o qual estabelece que os ministros, autoridades públicas, dirigentes de empresas públicas ou privadas, chefes de quaisquer grupos e, de maneira genérica, os responsáveis pelo tratamento ou arquivamento de dados pessoais, não podem se opor à ação da comissão ou de seus membros e devem tomar todas as medidas cabíveis a fim de facilitar sua atividade.

A CNIL tem diferentes missões e poderes, que incluem principalmente a informação de titulares, controladores e processadores de dados (públicos ou privados) sobre os seus direitos e obrigações. Além disso, a lei prevê a assistência mútua e operações conjuntas com outras autoridades de supervisão da UE, bem como a cooperação com autoridades de supervisão não pertencentes à UE¹⁶⁹. Ademais, a autoridade também possui uma série de ferramentas que incluem, por exemplo, a publicação de diretrizes, recomendações e padrões; a aprovação de códigos de conduta, e um ampla gama de poderes e sanções.

autorités publiques indépendantes
 (1)Disponívelem:[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033897475&cat](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033897475&categorieLien=id)
egorieLien=id e Décret n° 2018-232 du 30 mars 2018 pris pour l'application à la Commission nationale
de l'informatique et des libertés de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités
administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Disponível em:
[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=6C6FD743D9DEBF4A4DCF71EDEAFF0367.t](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=6C6FD743D9DEBF4A4DCF71EDEAFF0367.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000036757777&dateTexte=20180401)
[plgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000036757777&dateTexte=20180401](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=6C6FD743D9DEBF4A4DCF71EDEAFF0367.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000036757777&dateTexte=20180401). Acesso em: 01/06/19.

¹⁶⁷ Conforme estabelecido pelo caput do artigo 11 da Lei n° 78-17. *Article 11. La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.* Disponível em:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=20180201>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁶⁸ *Article 21. Les ministres, autorités publiques, dirigeants d'entreprises publiques ou privées, responsables de groupements divers et plus généralement les détenteurs ou utilisateurs de traitements ou de fichiers de données à caractère personnel ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres et doivent au contraire prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* Disponível em:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=20180201>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁶⁹ DLA PIPER. *National Data Protection Authority.* Disponível em:<https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=authority&c=FR&c2=AR>. Acesso em: 31/05/19.

Entre suas funções e objetivos estão: (i) informar e educar todas as partes abrangidas pela Lei 78-17 sobre seus direitos e obrigações; (ii) proteger os direitos dos cidadãos quanto aos seus dados pessoais; (iii) aconselhar entidades públicas e privadas e propor regulamentações; antecipar e inovar (a CNIL conta com um laboratório¹⁷⁰ para detectar e analisar novas tecnologias e aplicativos que possam impactar a vida privada); além de (iv) controlar e sancionar por meio de um controle *a posteriori* a fim de verificar o cumprimento da legislação de proteção de dados pelas entidades públicas e privadas e sancioná-las no caso de descumprimento das regras concernentes ao tema.

Sua direção é composta por 18 membros (em sua maioria eleitos por assembleia ou por suas jurisdições), bem como por 198 agentes contratuais, responsáveis por executar as decisões e orientações da direção. A CNIL também é composta por um Comitê Restrito, formado por 05 membros da sua direção e por um presidente. O Comitê é o órgão responsável por sancionar indivíduos e empresas que tratam dados pessoais e descumprem a legislação, a nível Europeu e nacional. Em 2017 a CNIL atendeu à 8.360 denúncias de cidadãos que alegaram ter seus direitos violados e autorizou 2.964 transferências de dados para fora da União Europeia.¹⁷¹

Alguns estudos apontam que a CNIL não possui plena independência financeira,¹⁷² uma vez que seu orçamento provém do Estado e é votado anualmente pelo Parlamento francês.¹⁷³ A CNIL, conforme salientado anteriormente, é considerada uma das principais Autoridades de Proteção de Dados do Mundo.

¹⁷⁰ Mais informações sobre o laboratório e sobre os trabalhos desenvolvidos estão disponíveis em: <https://linc.cnil.fr/>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷¹ O relatório de 2017 está disponível em: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_en_bref_2018.pdf. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷² EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities (Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II)*, 2010, p. 20. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/data-protection-european-union-role-national-data-protection-authorities>. Acesso em: 31/05/19.

¹⁷³ DATA.GOUV.FR. *Budget de la CNIL*. Disponível em: <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/budget-de-la-cnil-1/>. Acesso em: 31/05/19.

4 MODELOS DE AUTORIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS NA AMÉRICA LATINA

Dos 12 países pertencentes à América do Sul, apenas Argentina¹⁷⁴, Chile, Colômbia, Peru, Uruguai, Paraguai e Guiana Francesa possuem leis gerais para a proteção dos dados¹⁷⁵, além do Brasil que passou a fazer parte deste rol com a aprovação da Lei nº 13.709/2018. Equador¹⁷⁶, Bolívia¹⁷⁷, Venezuela¹⁷⁸ e Guiana¹⁷⁹ possuem leis setoriais sobre proteção de dados e o Suriname é o único país do continente que ainda não possui leis sobre o tema.

No Uruguai entrou em vigor em 2011 a *Ley de Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data*¹⁸⁰. Além de prever princípios que regem o tratamento de dados e direitos e deveres de titulares e responsáveis pelo tratamento, a lei estabelece a criação de um órgão de controle governamental¹⁸¹.

A Argentina e o Uruguai são hoje os únicos países sul-americanos cujos níveis de proteção de dados são considerados adequados pela União Europeia¹⁸².

¹⁷⁴ ARGENTINA. *Ley N° 25.326, de 4 de outubro de 2000. PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES.*

Ley 25.326. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/A7%20ley%20protecci%C3%B3n%20de%20datos.pdf>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷⁵ BATISTA LUZ ADVOGADOS. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos.** Disponível em: en.baptistaluz.com.br. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷⁶ OEA. *Desarrollos Normativos por País – Ecuador.* Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales_dn_ecuador.asp. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷⁷ RED IBEROAMERICANA DE PROTECCION DE DATOS. *Legislación-Bolívia.* Disponível em: <http://www.redipd.org/legislacion/bolivia-ides-idphp.php>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷⁸ RED IBEROAMERICANA DE PROTECCION DE DATOS. *Legislación-Venezuela.* Disponível em: <http://www.redipd.org/legislacion/venezuela-ides-idphp.php>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁷⁹ A Guiana possui leis setoriais de proteção de dados como o *Statistics Act 1965* e o *Access to Information Act 2011*. BATISTA LUZ ADVOGADOS. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos.** Disponível em: en.baptistaluz.com.br. Acesso em: 01/06/19.

¹⁸⁰ URUGUAI. *Ley n° 18.331, de 18 de agosto de 2008, Protección de datos personales y acción de “habeas data”.* Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U4%20Ley%2018.331%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales%20y%20Acci%C3%B3n%20de%20Habeas%20Data.pdf>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁸¹ EUROPEAN COMMISSION. *Adequacy decisions. How the EU determines if a non-EU has an adequate level of protection.* Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_en. Acesso em: 01/06/19.

¹⁸² EUROPEAN COMMISSION. *Adequacy decisions. How the EU determines if a non-EU has an adequate level of protection.* Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en. Acesso em: 01/06/19.

4.1 A Agência Argentina de Acesso à Informação Pública (*Agencia de Acceso a la Información Pública*- AAIP)

A Autoridade de Proteção de Dados Argentina foi criada nos anos 2000, pela Lei nº 25.326/2000¹⁸³ e regulamentada no ano seguinte pelo Decreto nº 1558/2001. De 2001 a 2017, a autoridade competente para fiscalização do cumprimento da Lei de proteção de dados¹⁸⁴ foi a Direção Nacional de Proteção de Dados (*Dirección Nacional de Protección de Datos Personales*), órgão da administração direta, vinculado ao Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos.¹⁸⁵ Em 2017, sua estrutura foi modificada e a *Dirección* foi integrada à *Agencia de Acceso a La Información Publica*, criada pela Ley Nº 27.275/2016, passando a fazer parte da administração indireta argentina.¹⁸⁶

O fato da Direção Nacional de Proteção de Dados Pessoais ser órgão da administração direta vinculado a um ministério foi objeto de críticas quanto à sua real independência.¹⁸⁷ Não por acaso, em 2017,¹⁸⁸ após a aprovação do GDPR¹⁸⁹, a autoridade de controle Argentina tornou-se a Agência de Acesso à Informação Pública (*Agencia de Acceso a la Información Pública*), criada sob o regime de autarquia, com todas as características de uma autoridade independente, o que inclui autonomia funcional e

¹⁸³ ARGENTINA. Ley 25.326. *Protección de los Datos Personales*. Disponível em: www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm. Acesso em 31/05/19.

¹⁸⁴ INFOLEG. *Proteccion de los datos personales, Lei n. 25.326/2000*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁸⁵ Artigo 29 da Lei nº 25.326/2000. INFOLEG. *Proteccion de los datos personales, Lei n. 25.326/2000*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁸⁶ INFOLEG. *Derecho de acceso a la información pública. Ley 27275*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁸⁷ V. DELGADO, Lucrecio Rebollo; SALTOR, Carlos Eduardo. *El derecho a la protección de datos em España y Argentina: Orígenes y regulación vigente*. Dykinson: Madrid, 2013. p. 159. apud Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio- ITS. **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 01/06/2019.

¹⁸⁸ ARGENTINA. **Decreto n. 899/2018**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/decreto-899-2017-285903/texto>. Acesso em: 01/06/2019.

¹⁸⁹ Ainda com vistas à adequação da legislação sobre proteção de dados ao novo regime jurídico estabelecido pelo GDPR, o Governo Argentino enviou, em 19 de setembro de 2018, ao parlamento daquele país novo projeto de lei de proteção de dados. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_147-2018_datos_personales.pdf. Acesso em: 01/06/2019.

financeira, diretor com mandato fixo e pessoal técnico e administrativo dedicado.¹⁹⁰ O principal motivo para a reforma institucional foi uma recomendação emitida pela União Europeia, ao decidir sobre o nível de adequação do país para transferência de dados pessoais¹⁹¹. A Argentina foi o primeiro país latino-americano a receber o reconhecimento, pela Comissão da União Europeia, da adequação de seu sistema de proteção de dados pessoais.¹⁹²

Dentre as atribuições da AAIP, estão: (i) estabelecer normas e regulamentos para o correto desempenho das atividades previstas na lei de proteção de dados pessoais; (ii) fiscalizar a integridade e segurança dos bancos de dados; (iii) solicitar informações a entidades públicas e privadas sobre o tratamento de dados; (iv) impor sanções administrativas por descumprimento da lei; (v) iniciar ações penais por violações à lei, entre outras.¹⁹³

Vê-se, assim, que nosso vizinho também optou por um modelo de Autoridade de controle independente e autônomo, inspirado na mais recente legislação europeia de proteção de dados pessoais. Não há dúvidas de que a criação da Autoridade Nacional no Brasil terá impacto também no fluxo de dados no Mercosul, facilitando o comércio e a cooperação internacional tanto com a Argentina quanto com o Uruguai, outro Estado membro desse bloco econômico que também já possui o “selo” de adequação de sua legislação sobre proteção de dados com o modelo europeu.¹⁹⁴

¹⁹⁰ ARGENTINA. **Lei n. 27.275/16.** Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>. Acesso em: 01/06/2019.

¹⁹¹ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai.** Idec, 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁹² EUR-LEX. 2003/490/CE: **Decisão da Comissão, de 30 de Junho de 2003, nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de protecção de dados pessoais na Argentina.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003D0490&from=EN>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁹³ Artigo 26 (1) da Lei n. 25.326/2000. ARGENTINA. Ley 25.326. *Protección de los Datos Personales.* Disponível em: www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm. Acesso em 05/06/19.

¹⁹⁴ EUR-LEX. **Decisão de Execução da Comissão, de 21 de agosto de 2012, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais pela República Oriental do Uruguai no que se refere ao tratamento automatizado de dados [notificada com o número C(2012) 5704].** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0484&from=EN>. Acesso em: 05/06/19.

Assim como no Brasil, na época da criação da antiga autoridade argentina, os artigos do projeto de lei de proteção de dados que estabeleciam originalmente a *Dirección* como um órgão da administração indireta com autonomia funcional, também foram vetados pelo Decreto nº 995/00¹⁹⁵. De acordo com a justificativa, o veto ocorreu, sobretudo, por questões orçamentárias¹⁹⁶. Embora o Decreto de regulamentação da *Dirección*, tenha feito a ressalva de que ela exerceria suas funções com “plena independência”¹⁹⁷, nunca houve concordância de que o padrão adotado no país satisfizesse de fato uma independência funcional, financeira ou administrativa¹⁹⁸, principalmente quanto à sua subordinação direta a um órgão do governo e do seu reduzido tamanho. A falta de autonomia administrativa também foi um dos principais motivos para os problemas de *enforcement* da antiga lei argentina.

Quanto à autonomia financeira, atualmente a Agência tem liberdade para desenhar e executar seu orçamento. Anualmente, deve enviar uma proposta de orçamento para o Congresso, a qual integrará a Lei de Orçamento da Administração Nacional. Apesar disso, os recursos são escassos para o desempenho de suas atribuições, razão pela qual ela só cumpre com suas “funções básicas” e, embora tenha liberdade para requerer mais recursos, seu representante afirma não os solicitar por conta da crise econômica argentina¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Justificativa do Decreto nº 995/00: “*Que la constitución del Organo de Control como organismo descentralizado habrá de implicar, como toda incorporación de una estructura organizativa de este tipo, un incremento en las erogaciones del ESTADO NACIONAL para atender su funcionamiento. Que el presente Proyecto de Ley no prevé el financiamiento del Organo de Control y la Ley Nº 25.237 de Presupuesto de la Administración Nacional para el ejercicio 2000 y el Proyecto de Ley de Presupuesto Nacional para el ejercicio 2001 no contienen previsiones crediticias para su atención...*”

¹⁹⁶ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 01/06/19.

¹⁹⁷ ARGENTINA. **Decreto nº 1.558/01, anexo I. Artículo 29. 1. Créase la direccion nacional de proteccion de datos personales, en el ámbito de la secretaria de justicia y asuntos legislativos del ministerio de justicia y derechos humanos, como órgano de control de la Ley Nº 25.326. El Director tendrá dedicación exclusiva en su función, ejercerá sus funciones con plena independencia y no estará sujeto a instrucciones.** Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/norma.htm>. Acesso em: 05/06/19.

¹⁹⁸ SILVA, Cerda 2011. apud SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 05/06/19.

¹⁹⁹ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019.

Quanto à composição, a AAIP demonstra bastante autonomia. A Agência é composta por um diretor (com mandato de cinco anos e possibilidade de uma recondução) e por dois órgãos principais (a *Dirección Nacional de Acceso a Información Pública* e a *Dirección Nacional de Protección de Datos Personales*). O diretor da AAIP tem hierarquia de secretário, terceiro grau mais importante da administração pública argentina, estando abaixo somente do presidente e dos ministros. Seu processo de designação é delimitado pela Lei e, de acordo com um estudo recente elaborado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor-IDEC:

inicia-se com uma indicação do Poder Executivo, abrindo prazo para a apresentação de objeções de diversos atores, que serão avaliadas em audiência pública. Após a audiência, o Presidente pode retirar ou confirmar a candidatura proposta. Além disso, existem diversos requisitos legais para esta candidatura, como idoneidade, dedicação exclusiva e vedação a egressos de cargo eleito ou partidário nos últimos cinco anos²⁰⁰.

O processo de exoneração do diretor também é iniciado pelo Poder Executivo e é levado a uma comissão bicameral do Congresso que emitirá um veredito vinculante, devendo ser garantido, ao longo do processo, o direito ao contraditório. As causas para remoção são mal desempenho, delito no exercício de suas funções ou crimes comuns²⁰¹. No modelo da antiga *Dirección*, o diretor não possuía mandato fixo, sendo designado pelo Ministro de Justiça como qualquer empregado do ministério, semelhante ao que se quer adotar no Brasil, mas aqui o Diretor será escolhido pelo presidente da República²⁰².

Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 01/06/19.

²⁰⁰ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. p 16. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 05/06/19.

²⁰¹ ARGENTINA. **Lei n. 27.275/16**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>. Acesso em: 05/06/2019.

²⁰² “Art. 55-D O Conselho Diretor da ANPD será composto de 5 (cinco) diretores, incluído o Diretor-Presidente. § 1º Os membros do Conselho Diretor da ANPD serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, e ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, no mínimo, de nível 5. **SENADO FEDERAL. PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO Nº 7, DE 2019** (Proveniente da Medida Provisória nº 869, de 2018). Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e

Ademais, no antigo modelo as mudanças dos diretores costumavam ocorrer com as trocas de governo, o que demonstra algum grau de interferência política²⁰³.

A autoridade argentina tem amplos poderes de investigação, sobre o poder público e privado, podendo: (i) requisitar informações e documentos; (ii) requisitar acesso a bases de dados e sistemas de arquivamento (com autorização judicial, caso o investigado se recuse a fazê-lo voluntariamente); (iii) realizar busca e apreensão com autorização judicial e conduzir auditorias, quando achar necessário²⁰⁴. Entretanto, a falta de funcionários especializados em Tecnologia da Informação tanto na autoridade antiga quanto na atual, prejudica o poder de investigação da Agência.

Apesar das amplas atribuições, a falta de recursos financeiros e técnicos limitam a sua atuação. Como mencionado acima, a principal limitação para o exercício do poder investigativo é a carência de pessoal especializado em tecnologia da informação. A antiga *Dirección* tinha o poder investigativo limitado a responder denúncias individuais. Por outro lado, a atual autoridade, trata precipuamente dos grandes casos de vazamento de dados. Porém, devido a restrições orçamentárias, precisa selecionar os casos mais importantes a serem investigados.

Os poderes de intervenção e sanção da AAIP conferidos pela Lei são bem amplos, não havendo muita distinção entre a atual e a antiga *Dirección*. A autoridade pode: (i) registrar operações em processamento; (ii) interromper operações de processamento; (iii) pedir a eliminação ou destruição dos dados e ainda (iv) repreender o controlador de outras maneiras, como por advertência e multa, sem prejuízo de outras sanções administrativas e sanções penais. Além disso, a autoridade possui um registro de infratores, público, em seu site²⁰⁵.

dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7960345&ts=1559326387475&disposition=inline>. Acesso em: 05/06/19.

²⁰³ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 05/06/19.

²⁰⁴ *Ibid*, 2019. P.16.

²⁰⁵ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. p.17 Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 01/06/19.

Entre outros, a AAIP tem ainda o poder de receber reclamações, poder normativo e consultivo, poder-dever educativo e o dever de transparência e prestação de contas²⁰⁶.

Percebe-se que houve uma grande mudança entre o modelo da autoridade atual, estabelecido em 2017, e o da autoridade antiga. Atualmente autoridade argentina tem forte autonomia administrativa e financeira, integra a administração indireta e goza de independência funcional, de modo que não recebe ordens ou instruções do Poder Executivo. Diferente do modelo anterior, onde a fiscalização sobre o poder público ou a tomada de decisões que contrariassem a linha política do governo, eram muito mais difíceis de ocorrer. Hoje, seus diretores têm autonomia decisória (reforçada pelo desenho legal de designação e remoção) e há a garantia de que eles não serão escolhidos ou removidos por decisão unilateral do presidente.

A reforma institucional da AAIP, ao remodelar desenho institucional da autoridade, lhe conferiu maior autonomia financeira, administrativa e independência, cumprindo assim, com a recomendação da União Europeia quando emitiu a decisão de adequação. Apesar de recente, a mudança foi considerada positiva e melhorou o cenário de proteção de dados pessoais no país²⁰⁷.

4.2 A Agência Uruguaia de Proteção de Dados Pessoais (*Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales- URCDP*)

Criada pela Lei de Proteção de Dados Pessoais e Ação de Habeas Data (Lei nº 18.331/2008), a *Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales- URCDP* é um órgão desconcentrado²⁰⁸ da Agência para Desenvolvimento de Gestão Eletrônica, da Sociedade da Informação e do Conhecimento (AGESIC) que, por sua vez, integra a Presidência da República do Uruguai. A URCDP possui um modelo híbrido de

²⁰⁶ *Ibid*, 2019. p. 16

²⁰⁷ *Ibid*, 2019. p. 20- 21.

²⁰⁸ Órgão desconcentrado é aquele que a lei determina alguma competência permanente, mantendo, assim, a hierarquia com relação ao Poder Executivo (Cf. DROMI, op. cit., p. 496 e 497) apud SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 06/06/19.

independência, pois, embora tenha autonomia técnica garantida por lei,²⁰⁹ não possui personalidade jurídica própria. Considerada um órgão integrante da administração pública direta, seus diretores respondem à Presidência da República, o que tende a condicionar a sua atuação.

Quanto à autonomia financeira, para obter recursos, a URCDP elabora uma proposta anual de orçamento, que se soma à da AGESIC, integra o orçamento geral do Executivo²¹⁰ e é aprovada pelo Congresso uruguaio.

A URCDP possui um Conselho Diretor formado por três membros e um Conselho Consultivo com cinco membros. O primeiro é composto pelo Diretor Executivo da AGESIC (nomeado pelo Presidente da República) e dois membros designados pelo Poder Executivo com expertise no assunto²¹¹. Os demais membros do Conselho Diretor são indicados diretamente pelo Poder Executivo e os funcionários da pasta ingressam por meio de concurso público. Como a URCDP possui somente funcionários formados em administração e direito, quando necessário o apoio de técnicos especializados em TI, a autoridade precisa requerer o empréstimo de funcionários da AGESIC. Além do Conselho Diretor, a *Unidad* possui também um Conselho Consultivo responsável por analisar as mudanças legislativas e, com exceção do membro da AGESIC, todos os seus integrantes possuem mandato de quatro anos, renováveis.

Quanto às competências e atribuições, a URCDP possui amplos poderes de investigação garantidos em lei. A *Unidad* pode: (i) solicitar informações a entidades públicas e privadas; (ii) solicitar ao controlador o comparecimento perante à *Unidad* para prestar esclarecimentos e (iii) fazer inspeções em bens móveis ou imóveis ocupados pelos responsáveis pelo tratamento de dados, entre outros. As investigações são iniciadas a partir de denúncias ou consultas da própria autoridade, abrindo-se um processo administrativo regular²¹².

²⁰⁹ URUGUAI. Lei nº 18.331/2008, Art. 31.

²¹⁰ SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. p.16 Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 06/06/19.

²¹¹ *Ibid*, 2019. p.31

²¹² SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. p.32 Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 06/06/19.

A autoridade pode investigar o poder público e segundo ela, suas investigações são realizadas com isonomia entre o poder público e o setor privado. Porém, para representantes da sociedade civil, considerando a proximidade com o poder executivo, há dúvidas sobre se os resultados destas investigações são amortizados ou passam por um filtro político, apesar de não haver prova fática que fundamente esse questionamento²¹³.

A autoridade uruguaia detém ainda, o poder de intervenção no qual tem a obrigação de manter um registro nacional de base de dados, podendo aplicar sanções às empresas que deixem de fazê-lo ou atualizá-lo, bem como aos que infringem a legislação. Dessa forma, pode emitir observações, avisos, multas, suspender a base de dados e até mesmo encerrá-las, com anuência de juiz que certifique a validade da sanção²¹⁴.

O Uruguai foi o primeiro da América Latina a ser considerado como adequado para transferência de dados internacionais pela União Europeia (ainda na vigência da Diretiva 95/46/CE).²¹⁵ De acordo com a pesquisa feita pelo IDEC, embora seja difícil avaliar o impacto desse modelo híbrido de independência na atuação prática da autoridade, foi possível perceber sinais de influência do governo, capazes de diminuir sua capacidade fiscalizatória²¹⁶. Nesse contexto, para representantes da sociedade civil uruguaia, “o desenho institucional com pouca autonomia administrativa ocasiona conflito de interesses em questões relativas ao tratamento de dados pelo poder público ou que sejam de interesse político do governo”²¹⁷.

5 ANÁLISE DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA À LUZ DA LEI Nº 13.709/2018, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 869/2018 E DO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO Nº 07/2019

²¹³ *Ibid*, 2019. p. 32

²¹⁴ *Ibid*, 2019. p. 33

²¹⁵ JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão de execução da comissão de 21 de agosto de 2012.** Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0484&from=EN>. Acesso em: 09/06/19.

²¹⁶ *Ibid*, 2019. p. 35.

²¹⁷ *Ibid*, 2019. p. 35.

Após meses de debates, o Senado Federal aprovou, no dia 29 de maio de 2019, a Medida Provisória nº 869/2018, que traz diversas alterações à Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) e cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais Brasileira-ANPDB.

A discussão política sobre a proteção de dados pessoais no Brasil iniciou em 2010, a partir de uma consulta pública, feita pelo Ministério da Justiça. Anos mais tarde, dois projetos de lei se tornaram as primeiras proposições legislativas sobre o assunto (PL 4.060/2012 e o PLS 330/2013), coincidindo com os escândalos de espionagem contra a então Presidenta Dilma Rousseff, revelados por Edward Snowden. Em 2015, uma nova consulta pública originou o texto de um anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais. A essa altura a discussão já atingira um nível mais qualificado, resultando em texto bastante maduro e completo²¹⁸. Em 2016, as vésperas do afastamento de Dilma Rousseff, o Executivo encaminha o anteprojeto à Câmara dos Deputados, que o transforma no Projeto de Lei nº 5.276/2016 (o texto base do PLC nº 53/2018). Em 2018, o escândalo da *Cambridge Analytica* evidenciou a urgência e a importância de uma Lei Geral sobre proteção de dados no Brasil. Por isso, em 29 de maio de 2018, a Câmara dos Deputados aprovou por unanimidade um substitutivo apresentado pelo Deputado Orlando Silva que, com o envio ao Senado, transformou-se no PLC nº 53/2018 e meses depois originou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil (Lei nº 13.709/2018 de 14 de agosto de 2018).

O PLC nº 53/2018 previa a existência de uma autoridade para a proteção de dados, que seria um órgão da administração direta, vinculado ao Ministério da Justiça. No entanto, durante a tramitação no Congresso, visando a adequação aos modelos internacionais, a natureza jurídica do órgão foi modificada, transformando-o em uma autarquia da administração indireta, com todas as características de uma Agência Reguladora. Em razão desta transformação, ao sancionar a Lei nº 13.709/2018, o então presidente Michel Temer vetou a criação da Autoridade Nacional, alegando vício de inconstitucionalidade formal.

²¹⁸ JOTA. De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>. Acesso em 09/06/19.

Nas razões do veto, alegou-se que o Poder Legislativo não poderia criar uma autarquia vinculada à administração indireta, pois tal iniciativa só caberia ao poder Executivo, com base nos artigos 61, §1º, II, e 37, XIX, da Constituição Federal de 1988. Alegou-se ainda que a criação da ANPD não poderia gerar gastos não previstos no orçamento, uma vez que a criação da autoridade como ente da administração pública indireta, demandaria novas despesas para a sua implementação e funcionamento. Assim, somente em 28 de dezembro de 2018, o Presidente Michel Temer, editou a Medida Provisória nº 869/2018, criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

O veto e a consequente edição da MP, representaram um dos temas mais polêmicos da Lei nº 13.709/2018. Em razão disso, este capítulo visa investigar se a ANPD, tal como desenhada na MP nº 869/2018, é capaz de exercer de forma independente e autônoma a função de reguladora e fiscalizadora das atividades de tratamento de dados pessoais no Brasil. Cabe ressaltar que as Medidas Provisórias têm sua conversão em lei condicionada à apreciação do Congresso Nacional, o que ocorreu de fato em 29 de maio de 2019, durante a produção deste trabalho. Por isso, também será objeto de análise o Projeto de Lei de Conversão nº 7/2019 que foi aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional e agora aguarda sanção da Presidência da República.

5.1 Panorama geral

O panorama geral e a construção histórica das leis de proteção de dados pessoais pelo mundo, especificamente no continente europeu e sul-americano, demonstram quase 50 anos de atraso legislativo do Brasil em relação ao tema. Com a sanção da LGPD em 2018, o país passa a contar com sua primeira Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e torna-se um dos mais de 120 países que dispõem de uma legislação sobre o assunto.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira trouxe, além da promoção de direitos e garantias aos cidadãos no meio físico e digital, o incentivo à inovação pautada em regras claras, harmônicas e transparentes. Após anos de debates e construção legislativa construiu-se uma norma bastante completa, comparável aos mais altos padrões internacionais e nesse contexto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) possui um papel indispensável, sendo responsável pela criação de um

ambiente de segurança jurídica para empresas, consumidores e, principalmente, para os cidadãos.

Nos capítulos anteriores, notou-se que o modelo ideal de autoridade prevê um órgão único e central, dotado de independência financeira, técnica e decisória, principalmente em relação às investigações, interpretações e decisões sobre a aplicação da lei. Neste modelo, as sanções não devem ser a principal fonte de recursos, porque isso geraria contestações não só éticas, mas também legais. Além disso, para um bom funcionamento, sua composição deve ser multissetorial, dotada de tecnicidade e de amplos conhecimentos em tecnologia, direito e negócios, devendo se atualizar continuamente a fim de garantir as melhores práticas no tratamento dos dados pessoais dos cidadãos.

A Medida Provisória (MP) nº 869, de 28 de dezembro de 2018 modifica a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para entre outros pontos criar, estabelecer competências e determinar a composição e a natureza jurídica da ANPD. Inicialmente, importa esclarecer que, a pedido do Executivo e diante da imprescindibilidade de constituição imediata de uma autoridade nacional responsável pela efetividade da Lei nº 13.709/2018, a MP tramitou em regime de urgência e tinha até o dia 03/06/2019 para ser apreciada pelo Congresso Nacional²¹⁹, o que de fato ocorreu nos dias 28 e 29 de maio de 2018. Além disso, o regime de urgência, de acordo com os representantes do governo, era necessário pois garantiria um tempo razoável para sua estruturação interna e para a implementação de normas iniciais, ainda durante o período de *vacatio legis*. Ocorre que o Poder Executivo, ao submeter à análise do Congresso Nacional a Medida Provisória, retirou algumas características importantes da autoridade nacional que, de certa forma, demonstraram um enfraquecimento de atribuições, sobretudo, em relação à autonomia e independência do órgão.

Por este motivo, a Comissão Mista designada para cuidar da questão no Congresso, organizou audiências públicas que debateram os principais pontos trazidos pela MP. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (órgão responsável por fiscalizar tanto do setor público quanto privado nas questões referentes à proteção de dados

²¹⁹ Conforme o art. 62, § 6º, da Constituição da República.

peçoais) foi tema da 1ª Audiência Pública realizada em 09/04/19²²⁰ e entre os principais assuntos debatidos na ocasião estavam as questões de independência técnica, financeira e orçamentária e a necessidade de que este ente fizesse parte da administração indireta, para garantir a isonomia no desempenho de suas funções.

Na audiência, o Secretário de Governo Digital do Ministério da Economia indicou que a estrutura definida pela MP nº 869/2018 para a ANPD era a “única viável”, sendo “transitória”. Ressaltou ainda que, como parte integrante da Presidência, suas requisições de pessoal são “irrecusáveis” dentro da Administração, assegurando a imediata formação de um corpo técnico qualificado para geri-la. Por último, salientou a necessidade de aprovação do modelo, tendo em vista a necessidade de inclusão do órgão no orçamento de 2020, a ser aprovado em agosto deste 2019, a fim de que a ANPD tenha garantida a disponibilização de recursos para iniciar suas atividades o quanto antes.

Para Bia Barbosa (Representante da Organização Coalizão Direitos na Rede), a necessidade de autonomia funcional, decisória e o mandato fixo dos dirigentes, são preocupações expressas pela Comissão Europeia para afastá-la de ingerências políticas. Ressaltou, ainda, a necessidade de autonomia operacional, técnica e financeira, como condições para que a ANPD possa desempenhar seus poderes sancionatórios e investigativos.

Felipe Cascaes Sabino (Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos da Casa Civil), ressaltou que a estrutura “híbrida” e “temporária” proposta, assim como seu aperfeiçoamento pelo Congresso, não teria problemas legais e afirmou que o “ineditismo não é inconstitucional”. Por último, observou que, em termos administrativos, ser integrante da Presidência é diferente de ser vinculado à mesma.

Laura Schertel demonstrou preocupação de que esse modelo híbrido atenda às recomendações da OCDE, pois a imparcialidade da instituição pode ser comprometida. Christina Aires Correa (Advogada da CNI) apontou que o modelo de geração de receitas a partir da aplicação de multas não é eficiente e defendeu um orçamento público para a entidade.

²²⁰ SENADO FEDERAL. **Audiência Pública interativa.** Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?reuniao=8367&codcol=2238>. Acesso em: 06/06/19.

A seguir, serão analisados os principais dispositivos da LGPD que tratavam da ANPD: a estrutura, a composição, o financiamento e a independência, deste ente serão estudados à luz da reforma trazida pela Medida Provisória nº 869/2018 e do Projeto de Lei de Conversão nº 07/2019, aprovado no dia 29 de maio de 2019 pelo Congresso Nacional.

5.2 Estrutura e modelo de independência

Quanto à estrutura da Autoridade Nacional Brasileira, a Lei original previa a criação um órgão pertencente à administração pública federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça. Como autarquia especial, a lei dispunha que a ANPDB seria regida pela Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 9.986/200) e teria independência administrativa; ausência de subordinação hierárquica; mandato fixo; estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, conforme o artigo 55 da Lei nº 13.709/2018:

Art. 55- É criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), integrante da administração pública federal **indireta**, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça. (grifo nosso)

§ 3º A natureza de autarquia especial conferida à ANPD é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.²²¹

A ANPDB teria sua estrutura organizacional aprovada por decreto do Presidente da República e seu Conselho Diretor seria composto por 3 conselheiros, com mandatos de 4 (quatro) anos. Por fim, ainda contaria com um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade – CNPDPP. Contudo, estes dispositivos foram integralmente vetados pela Presidência da República, sob alegação de violação aos artigos 37, inciso XIX, e 61, § 1º, inciso II, “e”, da Constituição Federal.

Embora a Lei nº 13.709/2018 (LGPD) tenha constituído avanço significativo, o veto presidencial à criação da ANPD representava riscos não só para a proteção de

²²¹ Artigo 55, § 3º da Lei nº 13.709/2018 (vetado pela MP nº 869/2018). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13709-14-agosto-2018-787077-veto-156214-pl.html>. Acesso em: 06/06/19.

direitos dos titulares de dados pessoais, como também para a inserção do Brasil no mercado global transfronteiriço de dados pessoais. A Medida Provisória nº 869/2018 criou um órgão despersonalizado, integrante da estrutura da Presidência da República e pertencente à administração direta o que causou um enorme debate, pois especialistas acreditam que no âmbito da administração direta, a ANPD não tenha um ambiente institucional de independência, suficiente para exercer com autonomia suas funções, eminentemente técnicas²²². De fato, no direito brasileiro, como regra, são as agências reguladoras, instituídas por lei na forma de autarquias, que detêm independência financeira, administrativa e técnica²²³.

A autoridade nacional é tão importante para a efetividade da Lei que a norma faz mais de cinquenta menções a ela. A inexistência ou a existência de uma ANPD ineficaz e fraca, pode causar problemas ao seu *enforcement*, conforme se pôde notar nos casos do Uruguai e da antiga autoridade argentina. Por isso, a existência de uma autoridade nacional forte, eficiente e independente é a regra em países europeus.

Atualmente, há aproximadamente 120 países com leis vigentes de proteção de dados pessoais e até 2020 esse número deverá subir para cerca de 134²²⁴. Destes 120 países, aproximadamente 80% editaram uma lei de proteção de dados pessoais e possuem uma autoridade nacional independente,²²⁵ enquanto somente 10% não contam com um órgão independente, por previsões legislativas expressas em obediência a diretivas ou orientações de outros órgãos do Poder Executivo²²⁶. Nota-se que, embora os modelos de autoridades nacionais sejam os mais variados, estudos demonstram que a maioria dos

²²² CONGRESSO NACIONAL, **Parecer (CN) nº 1, de 2019 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948833&ts=1559684281165&disposition=inline>. Acesso em: 06/06/19.

²²³ BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**: “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

²²⁴ GREENLEAF, GRANHAM. *Global Data Privacy Laws: National Data Privacy Laws, including China and Turkey*. 145 Privacy Laws & Business International Report, 10-13, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2993035>. Acesso em: 06/06/19.

²²⁵ Vale notar que a definição precisa do nível de independência é muito difícil de se verificar e deve partir da análise dos sistemas jurídicos específicos de cada país.

²²⁶ GREENLEAF, GRANHAM. *Data Privacy Authorities (DPAs) 2017: Growing Significance of Global Networks*. 146 Privacy Laws & Business International Report, 14-17, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993186. Acesso em: 06/06/19.

países optou por um modelo em que o órgão de controle desfruta de um grau de independência bastante elevado²²⁷.

Por isso, enquanto a MP nº 869/2018 estava sob apreciação do Congresso, várias emendas foram propostas visando o reestabelecimento da ANPD como agência independente, pertencente à administração indireta. Porém, prevendo novo vício de inconstitucionalidade, o relatório final da Comissão Mista enfatizou:

notamos o risco de incorreremos em novo vício de iniciativa caso haja nova alteração da natureza jurídica da ANPD, mediante alteração da natureza jurídica, qual seja, de órgão para autarquia federal, especialmente, no caso de medida provisória, que possui eficácia imediata.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF vem consolidando entendimento de que emendas a projetos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo estão limitadas a situações em que não haja aumento de despesa (art. 63, I, da CF) e haja estreita pertinência das emendas com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo.

O fato de a MP já ter sido editada com a criação e descrição pormenorizada do órgão que servirá como autoridade, reduz decisivamente o espaço para que o Legislativo altere novamente a natureza jurídica do órgão, até porque é função típica do Poder Executivo a organização e funcionamento da Administração Pública Federal, questão relacionada ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea da Constituição, constante do art. 60, § 4º, inc. III.²²⁸

Assim, visando impedir novo veto por inconstitucionalidade, o Congresso decidiu inserir os §§ 1º, 2º e 3º ao art. 55-A, para determinar que a vinculação da ANPD à Presidência da República seja transitória e sujeita a uma reavaliação:

Art. 55-A Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

²²⁷ GREENLEAF, GRANHAM. *Data Privacy Authorities (DPAs) 2017: Growing Significance of Global Networks*. 146 Privacy Laws & Business International Report, 14-17, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993186. Acesso em: 06/06/19.

²²⁸ CONGRESSO NACIONAL, **Parecer (CN) nº 1, de 2019 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948833&ts=1559684281165&disposition=inline>. Acesso em: 06/06/19.

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos²²⁹ da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.”²³⁰

Dessa forma, inexistiu imposição, mas uma possibilidade, direcionada ao Poder Executivo²³¹. E cria-se um modelo híbrido de autoridade nacional no Brasil semelhante ao modelo adotado no Uruguai.

Outro ponto relevante trazido pela MP foi a previsão de autonomia somente técnica à ANPD²³², criando-se um regime híbrido, em que, sem constituir formalmente uma Agência Reguladora independente no modelo tradicional, o governo deu à ANPD um grau de independência maior do que a outros órgãos da administração pública direta. Visando garantir mais autonomia e independência à autoridade, mesmo não sendo ela ainda um ente da administração pública indireta, a nova redação do artigo 55-B (dada pelo PLV nº 07/2019), manteve o modelo híbrido evidenciando apenas autonomia técnica e decisória da ANPD, sem, contudo, garantir sua independência funcional, estatutária e orçamentária. Assim, o texto passa ter a seguinte redação: “É assegurada autonomia técnica e decisória à ANPD. ”

Na Audiência Pública realizada para discutir a ANPD, membros do Ministério da Economia e da Casa Civil enfatizaram que o arranjo institucional híbrido era o único possível, tendo em vista as limitações constitucionais, de responsabilidade fiscal vigentes no momento. Ademais, revelaram-se favoráveis a melhoramentos, e destacaram que a estrutura “híbrida” seria “temporária. ”

²²⁹ O Congresso Nacional, após ouvir os posicionamentos públicos de representantes do governo, deputados e senadores, membros do setor produtivo e do terceiro setor, concluiu que “um órgão da administração indireta terá que ser prontamente criado pelo Poder Executivo como única forma para o exercício pleno dos princípios, direitos, garantias e deveres previstos na LGPD”. Por isso, há a previsão expressa no § 2º quanto a transformação da natureza jurídica da ANPD para autarquia no prazo de dois anos da aprovação de sua estrutura regimental.

²³⁰ CONGRESSO NACIONAL, **Parecer (CN) nº 1, de 2019 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948833&ts=1559684281165&disposition=inline>. Acesso em: 06/06/19.

²³¹ Ibid, 2019.

²³² “Art. 55-B. É assegurada autonomia técnica à ANPD”. BRASIL. Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm. Acesso em: 07/06/19.

5.3 Composição e atribuições

O art. 55-C da MP estabelecia que a ANPD seria constituída por: Conselho Diretor (órgão máximo de direção); Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (órgão consultivo); Corregedoria; Ouvidoria; órgão de assessoramento jurídico próprio e unidades administrativas e especializadas necessárias à aplicação da Lei. Na redação anterior, prevista no artigo 55 § 2º da Lei 13.709/2018, havia a previsão apenas do Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e das unidades especializadas. Neste ponto, o PLV nº 07/2019 manteve a redação da MP²³³.

Outra alteração relevante, que demonstra claramente a opção por um modelo híbrido, está prevista no § 1º do art. 55-D. De acordo com a MP, os membros do Conselho Diretor seriam nomeados pelo Presidente da República e ocupariam cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superior - DAS de nível 5. Entretanto, o Congresso decidiu incluir a previsão de sabatina pelo Senado Federal²³⁴, limitando-se ao mínimo o nível 5 para o exercício do cargo. Assim o texto passa a ter a seguinte redação:

§ 1º Os membros do Conselho Diretor da ANPD serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, e ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, no mínimo, de nível 5.

Os membros do Conselho Diretor serão escolhidos dentre brasileiros, de reputação ilibada, com nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados. Quanto ao mandato, não houve alterações e continua quatro anos, sendo que os mandatos dos primeiros membros nomeados serão de dois, de três, de quatro, de cinco e de seis anos, conforme estabelecido no ato de nomeação. Finalmente, o § 5º define que na hipótese de vacância do cargo de membro do Conselho Diretor, no curso do mandato, o prazo remanescente será completado pelo sucessor.

²³³ Artigo 55-D, caput, do PLV nº 07/2019

²³⁴ De acordo com o Congresso, a sabatina pelo Senado empresta mais legitimidade aos diretores da ANPD.

Os membros do Conselho Diretor só perderão seus mandatos em virtude de: (i) renúncia; (ii) condenação judicial transitada em julgado ou (iii) pena de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar.

Os cargos em comissão e as funções de confiança da ANPD serão remanejados de outros órgãos e entidades do Poder Executivo federal²³⁵ e serão indicados pelo Conselho Diretor e nomeados ou designados pelo Diretor-Presidente²³⁶. A manutenção da ANPD na estrutura da Presidência da República possui como ganho operacional a sua rápida implantação, tendo em vista a impossibilidade de recusa das requisições de recursos humanos para formação do seu corpo técnico²³⁷.

Em relação às atribuições da ANPD, desde a Lei 13.709/2018 até o PLV nº07/2019 houveram várias alterações. Por isso, as disposições completas destas mudanças encontram-se no Apêndice B. O Congresso julgou imprescindível para o bom funcionamento da agência e para correta e efetiva proteção dos dados pessoais, restaurar as atribuições da ANPD tais como previstas na Lei originalmente aprovada. Entendeu ainda, que a incorporação das atribuições trazidas pela MP também era necessária ao bom funcionamento da autoridade. A redação final do artigo 55-J também pode ser consultada no Apêndice B.

5.4 Receitas e aplicação de sanções

A Lei original previa as seguintes receitas para a ANPD²³⁸: (i) o produto da execução da sua dívida ativa; (ii) as dotações consignadas no orçamento geral da União, os créditos especiais, os créditos adicionais, as transferências e os repasses que lhe forem conferidos; (iii) as doações, os legados, as subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; (iv) os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade; (v) os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo; (vi) o produto da cobrança de emolumentos por serviços prestados; (vii) os recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos celebrados com

²³⁵ Artigo 55-H do PLV nº 07/2019.

²³⁶ Artigo 55-I do PLV nº07/2019.

²³⁷ CONGRESSO NACIONAL, **Parecer (CN) nº 1, de 2019 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948833&ts=1559684281165&disposition=inline>. Acesso em: 06/06/19.

²³⁸ Artigo 57 da Lei 13.709/2018.

entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais; (viii) o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública.

A MP, ao transformar a ANPD em órgão da administração direta, subordinado à Presidência da República, excluiu a previsão de receitas, já que este é um modelo de arrecadação próprio de uma autarquia independente e com autonomia financeiro-orçamentária²³⁹. Como a MP não previa a geração de receitas por parte do órgão, ao editar o PLV nº 07/2019, o Congresso, reestabeleceu várias das fontes de receita originais, garantindo um maior grau de autonomia à ANPD (ainda que vinculada à Presidência da República e à administração direta). Dessa forma, garante-se maior ao órgão, maior autonomia orçamentária.

O rol de receitas da ANPD no PLV nº 07/2019²⁴⁰ não inclui os valores auferidos da aplicação de penalidades, evitando, assim, a chamada “máquina de aplicação de multas”, que geraria uma perda de eficiência da autoridade, além de conflito de interesse em sua atuação, segundo alguns especialistas. Nesse sentido, assim como no Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁴¹ (CADE), o produto da arrecadação das multas aplicadas pela ANPD, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

O rol detalhado de receitas da ANPD encontra-se no Apêndice B e inclui ainda, emolumentos e taxas administrativas necessários à realização dos seus processos administrativos, a venda de material técnico e recursos provenientes de acordos, entre outros.

As sanções previstas no artigo 52 do PLV nº 07/2019 poderão ser aplicadas única e exclusivamente pela ANPD e, no caso de competência concorrente com outros órgãos e poderes, prevalecerá a competência desta (até mesmo com relação aos órgãos de defesa do consumidor). A ANPD será o órgão central de interpretação da LGPD e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação²⁴². De acordo com o

²³⁹ FURTADO, Celso Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 153. apud CONGRESSO NACIONAL, **Parecer (CN) nº 1, de 2019 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018**. 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948833&ts=1559684281165&disposition=inline>. Acesso em: 06/06/19.

²⁴⁰ Artigo 55-L do PLV nº07/2019.

²⁴¹ Artigo 28 § 3º da Lei nº 12.529/2011.

²⁴² Artigo 55-K do PLV nº07/2019.

Congresso, para que a LGPD possa funcionar de maneira efetiva, a gradação das penalidades deve ser plena.

5.5 Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e outras previsões importantes

O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será multissetorial e terá vinte e três membros. Trata-se de um órgão consultivo, sem poder sancionatório ou de investigação, acessório à ANPD, que auxiliará na sua atuação e na elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais. O Conselho será também o responsável pela elaboração de relatórios sobre a Política Nacional de Proteção de Dados e poderá elaborar estudos, realizar debates e audiências públicas sobre temas correlatos à privacidade e proteção de dados, além de disseminar conhecimento para a população em geral²⁴³.

O PLV nº07/2019 traz ainda disposições importantes sobre as Microempresas e as Startups ou empresas de inovação. O documento atribui competência à ANPD para indicar prazos, editar normas, orientações e procedimentos diferenciados para microempresas, empresas de pequeno porte e startups, de modo a facilitar a adequação à LGPD.

O PLV atribui ainda, que compete à ANPD garantir que o tratamento de dados pessoais de idosos seja feito de maneira simples, clara e acessível, e adequada ao seu entendimento, nos termos desta Lei e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).²⁴⁴

5.6 Um passo em direção à independência

Considerada um dos mais importantes marcos normativos e regulatórios do período democrático brasileiro, a LGPD é aplicável a todos os segmentos da nossa sociedade, inclusive ao setor público e, de fato, sua aprovação assegura o respeito a

²⁴³ As disposições sobre o Conselho encontram-se nos artigos 58-A e 58-B do PLV nº 07/2019 e o quadro comparativo completo sobre a sua composição e as mudanças encontra-se no Apêndice B.

²⁴⁴ Artigo 55-J, XIX do PLV nº 07/2019.

direitos fundamentais do cidadão brasileiro em tempos de coleta e processamento massivos de dados pessoais por meio das tecnologias digitais.

As regras referentes à ANPD passam a vigorar a partir de 16 de agosto de 2020 e da análise comparativa entre a LGPD, a MP e o PLV nota-se a importância de uma Lei Geral de Proteção de Dados abrangente e expansiva para o sistema de proteção brasileiro. Trata-se sem dúvida, de um avanço incomensurável para o nosso país, especialmente por inseri-lo no rol das mais modernas democracias que dispõem de uma lei geral de proteção de dados no mundo.

O processo legislativo para criação de uma Legislação Geral sobre proteção de dados pessoais no Brasil foi longo, desafiador e atravessou três governos com perfis bastante distintos. Embora ainda não haja uma compreensão por parte do Poder Executivo acerca da necessidade de se constituir uma Autoridade Nacional totalmente autônoma, dotada de todos os atributos construídos internacionalmente, a aprovação do PLV nº 07/2019 pelo Congresso, nos aproxima das melhores práticas internacionais e de uma autoridade mais independente do que o modelo trazido pela MP nº 869/2018.

No Brasil, no atual contexto, optou-se por adotar um modelo híbrido de autoridade, aproximando-nos do modelo Uruguaio. Redução de gastos e contenção de custos foram alguns dos argumentos alegados para a adoção deste modelo. De acordo com o Deputado Orlando Silva, essa incompreensão por parte do poder executivo ainda precisa ser enfrentada e o maior desafio do país é efetivamente criar uma autoridade dotada de todos os atributos consagrados internacionalmente, sobretudo, a independência.

Embora o modelo de autarquia totalmente independente não tenha sido a escolha legislativa no momento, algumas medidas foram adotadas pelo Congresso para ampliar a autonomia da ANPD e dar mais um passo em direção à independência. Partindo do modelo proposto pela MP, buscou-se restaurar uma série de atributos e competências que haviam sido vetadas, garantindo uma maior aproximação entre a ANPD e os modelos mais adequados internacionalmente.

O modelo híbrido, manteve a vinculação à presidência, mas de forma provisória, devendo ser revisado dentro em dois anos. Procurou-se ainda resgatar algumas características muito importantes previstas na lei original, entre elas: (i) a restauração das fontes de receitas; (ii) a exigência de processo de sabatina dos membros do Conselho

Diretor, pelo Senado Federal; (iii) a determinação de que o afastamento preventivo dos membros do Conselho Diretor pelo Presidente somente será realizada se recomendado pela comissão especial instaurada para apurar processo administrativo disciplinar, reduzindo a injunção do chefe do executivo sobre o órgão; (iv) a autonomia técnica e decisória garantida ao órgão, entre outros que estão detalhados no Apêndice B. Todas as medidas adotadas, visam garantir o fortalecimento da ANPD, dotando-a de maior autonomia, ainda que, sem total independência.

Além disso, discute-se no Congresso a Proposta de Emenda à Constituição Nº 17, de 2019, que acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Esse importante comando geral assegurará que a lei se aplique a todo o território nacional, eliminando conflitos de competência legislativa e assegurando maior eficácia à LGPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados é essencial para a aplicabilidade das normas de proteção de dados pessoais e sua função é efetivar a tutela da privacidade enquanto propicia segurança jurídica na interpretação e aplicação da Lei.

A existência de autoridades robustas já é considerada uma condição *sine qua non* para a adequada proteção dos dados pessoais. Dos 120 países que adotaram leis gerais, aproximadamente 80% possuem uma autoridade nacional independente e, embora existam diferentes abordagens legislativas nos diversos países, estudos apontam que há uma tendência à convergência das regras internacionais de proteção de dados, principalmente quanto à adoção de direitos e princípios comuns.

Os atributos fundamentais das ANPDs incluem: autonomia administrativa, decisória e financeira; participação social em sua estrutura, através de um conselho consultivo e transparência. Atributos estruturais de gestão também são características muito importantes para se avaliar a efetividade de uma ANPD. Elementos chave como a

fonte de fundos financeiros; o sistema de nomeação e afastamento de funcionários; a autoridade de tomada de decisões; a autonomia e o âmbito jurisdicional e de aplicação da autoridade, devem ser levados em consideração, pois podem ter um impacto significativo sobre sua autonomia e eficácia.

Outro fator importante é a forma de nomeação e afastamento dos seus dirigentes. Para que uma ANPD seja estruturalmente mais autônoma e eficaz, os processos de nomeação e afastamento de funcionários devem ser transparentes, justos e imparciais. Quanto mais entidades participam do processo de seleção dos cargos, maior será a capacidade e o incentivo para que a autoridade aja de forma justa e independente. Quando as ANPDs são exclusivamente nomeadas por uma entidade governamental ou política, há o risco de que elas não sejam tão autônomas quanto se espera.

A experiência de outros países demonstra a importância de uma autoridade nacional autônoma, específica para a aplicação eficiente de leis de proteção de dados pessoais. Vários países podem servir de inspiração para o modelo brasileiro. De todos os modelos analisados, os que mais se aproximam da nossa realidade são os modelos Latino Americanos, representados pela antiga autoridade nacional da Argentina e a atual autoridade do Uruguai.

A autoridade argentina existe há 19 anos e até 2017 era um órgão da administração direta, vinculado ao Ministério da Justiça, o que levantou críticas quanto à sua real independência. Em 2017, após a aprovação do GDPR, a autoridade de controle Argentina tornou-se a Agência de Acesso à Informação Pública (Agencia de Acceso a la Información Pública), criada sob o regime de autarquia, com todas as características de uma autoridade independente. Assim como no nosso país, na época da criação da antiga autoridade argentina os artigos do projeto de lei de proteção de dados que estabeleciam originalmente a Dirección como um órgão da administração indireta com autonomia funcional, também foram vetados. De acordo com a justificativa, o veto ocorreu, sobretudo, por questões orçamentárias. A falta de autonomia administrativa foi um dos principais motivos para os problemas de enforcement da antiga lei argentina.

Houve uma grande mudança entre o modelo da autoridade atual, estabelecido em 2017, e o da autoridade antiga. Atualmente autoridade argentina tem forte autonomia administrativa e financeira, integra a administração indireta e goza de independência

funcional, de modo que não recebe ordens ou instruções do Poder Executivo. Ademais, seus diretores detêm autonomia decisória (reforçada pelo desenho legal de designação e remoção) e há a garantia de que eles não serão escolhidos ou removidos por decisão unilateral do presidente.

A autoridade uruguaia existe há 11 anos. Desde sua criação a URCDP é um órgão desconcentrado que mantém uma hierarquia em relação ao Poder Executivo e integra a Presidência da República. A autoridade possui um modelo híbrido de independência, e, embora tenha autonomia técnica garantida por lei, não possui personalidade jurídica própria. Sendo considerada um órgão integrante da administração pública direta. Além disso, seus diretores respondem à Presidência da República, o que tende a condicionar a sua atuação. Para representantes da sociedade civil, embora seja difícil avaliar o impacto do modelo híbrido de independência adotado pelo Uruguai, é possível perceber sinais de influência do governo, capazes de diminuir sua capacidade fiscalizatória.

Os modelos da Argentina e Uruguai se aproximam muito do modelo de autoridade adotado recentemente no Brasil e isto só reforça o grande desafio do Brasil em instituir uma ANPD com atributos que se aproximem daqueles reconhecidos internacionalmente, principalmente em relação à autonomia e independência.

O processo legislativo para criação de uma Legislação Geral sobre proteção de dados pessoais no Brasil foi longo, desafiador e atravessou três governos com perfis bastante distintos. Embora ainda não haja uma compreensão por parte do Poder Executivo acerca da necessidade de se constituir uma Autoridade Nacional totalmente autônoma, dotada de todos os atributos construídos internacionalmente, a aprovação do PLV nº 07/2019 pelo Congresso, nos aproxima das melhores práticas internacionais e de uma autoridade mais independente. No atual contexto brasileiro, optou-se por adotar um modelo híbrido de autoridade, semelhante ao modelo Uruguaio, mas dotado de mais autonomia que o país Latino Americano.

Embora o modelo de autarquia totalmente independente, vinculado à administração pública indireta não tenha sido a escolha legislativa no momento, algumas medidas foram adotadas pelo Congresso para ampliar a autonomia da ANPD e dar mais um passo em direção à independência total. Partindo do modelo proposto pela MP,

buscou-se restaurar uma série de atributos e competências que haviam sido vetadas, garantindo uma maior aproximação entre a ANPDB e os modelos mais adequados internacionalmente, sobretudo, em relação a autonomia financeira, técnica e decisória.

O modelo híbrido, manteve a vinculação à presidência, mas de forma provisória, devendo ser revisado em dois anos. Procurou-se ainda resgatar algumas características muito importantes previstas na lei original, entre elas: (i) a restauração das fontes de receitas; (ii) a exigência de processo de sabatina dos membros do Conselho Diretor, pelo Senado Federal; (iii) a determinação de que o afastamento preventivo dos membros do Conselho Diretor pelo Presidente somente será realizada se recomendado pela comissão especial instaurada para apurar processo administrativo disciplinar, reduzindo a injunção do chefe do executivo sobre o órgão; (iv) a autonomia técnica e decisória garantida ao órgão, entre outros que estão detalhados no Apêndice B. Todas as medidas adotadas, visam garantir o fortalecimento da ANPD, assegurando uma maior autonomia, ainda que sem independência plena.

Por fim, cabe destacar que a presença de uma autoridade independente no Brasil é imprescindível para que a Lei Geral de Proteção de Dados possa garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e para que o país possua condições de competir em pé de igualdade na economia global. A atuação da ANPD no Brasil será primordial para a garantia do fluxo transfronteiriço e essencial para viabilizar a inserção comercial do Brasil no contexto transnacional de fluxo de dados. Por isso, revela-se primordial a reavaliação do modelo híbrido dentro do prazo de 2 anos, sob pena de termos uma autoridade nacional enfraquecida e em desacordo com as principais normas internacionais de proteção de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Jan Philipp. *How the GDPR Will Change the World*. Disponível em: https://edpl.lexxion.eu/data/article/10073/pdf/edpl_2016_03-005.pdf. Acesso em: 20/04/2019.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa*. Disponível em: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10626.pdf>. Acesso em: 09/05/2019.

AMBERHAWK. *European Commission rejects Government's approach for personal data transfers as ICO doubts the UK will obtain an adequacy decision*. Disponível em: <http://amberhawk.typepad.com/amberhawk/2018/05/european-commission-rejects-governments-approach-for-personal-data-transfers-as-ico-doubts-the-uk-wi.html>. Acesso em: 31/05/19.

ARGENTINA. **Decreto n. 899/2018**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/decreto-899-2017-285903/texto>. Acesso em: 01/06/2019.

ARGENTINA. **Decreto n° 1.558/01, anexo I. Artículo 29. 1. Créase la direccion nacional de proteccion de datos personales, en el ámbito de la secretaria de justicia y asuntos legislativos del ministerio de justicia y derechos humanos, como órgano de control de la Ley N° 25.326. El Director tendrá dedicación exclusiva en su función, ejercerá sus funciones con plena independencia y no estará sujeto a instrucciones**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/norma.htm>. Acesso em: 05/06/19.

ARGENTINA. **Lei n. 27.275/16**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>. Acesso em: 01/06/2019.

ARGENTINA. Ley 25.326. *Protección de los Datos Personales*. Disponível em: www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm. Acesso em 05/06/19.

ARGENTINA. *Ley N° 25.326, de 4 de outubro de 2000. PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES. Ley 25.326*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/A7%20ley%20protecci%C3%B3n%20de%20datos.pdf>. Acesso em: 01/06/19.

BATISTA LUZ ADVOGADOS. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos**. Disponível em: en.baptistaluz.com.br. Acesso em: 08/05/19.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 4.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 06/06/19.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Artigo 5, incisos X e XV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 08/05/19.

BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm. Acesso em: 07/06/19.

BRASIL. **Ministério das Relações Exteriores O Brasil e a OCDE..** Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em 02/05/2019.

CÁMARA DE DIPUTADOS. *Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.* Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>. Acesso em: 21/05/19.

CNIL. *Program des controles.* 2015a. Disponível em: <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/program-des-controles-2015>. Acesso em: 20/05/19.

COE. Quadro de assinaturas e ratificações do Tratado 181. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/181/signatures?p_auth=YUz9nmn3. Acesso em: 24/04/19.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu.** Disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-214-PT-F1-1.PDF>. Acesso em 20/04/2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **O que constitui processamento de dados?** Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-constitutes-data-processing_en. Acesso em: 18/04/19.

COMISSÃO EUROPEIA. **O que são dados pessoais?** Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en. Acesso em 21/04/19.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Em busca de soluções: atributos de autoridades de proteção de dados eficazes.** – Brasília: CNI, 2017. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2017/8/em-busca-de-solucoes-atributos-de-autoridades-de-protecao-de-dados-eficazes/>. Acesso em: 18/05/2019.

CONGRESSO NACIONAL, **Parecer (CN) nº 1, de 2019 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018.** 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=7948833&ts=1559684281165&disposition=inline. Acesso em: 06/06/19.

CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 95/46/CE relativa à Proteção de Dados.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 21/04/19.

COPETTI, Rafael; CELLA, José Renato Gaziero. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados: natureza jurídica e a Lei nº 13.079/2018.** Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/15d3698u/Rc9sMnwxjKLPh2o4.pdf>. Acesso em 20/04/2019.

COUNCIL OF EUROPE. *128th Session of the Committee of Ministers (Elsinore, Denmark, 1718May2018).* Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf. Acesso em: 25/04/19.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.** Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> >. Acesso em: 20/04/19.

COUNCIL OF EUROPE. *Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data.* Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf. Acesso em: 20/05/19.

DATA.GOUV.FR. *Budget de la CNIL.* Disponível em: <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/budget-de-la-cnild-1/>. Acesso em: 31/05/19.

DLA PIPER. *National Data Protection Authority.* Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=authority&c=IT&c2=AR>. Acesso em: 31/05/19.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 1.

DONEDA, Danilo. **Um Código para a proteção de dados pessoais na Itália.** Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266036287_Um_Codigo_para_a_protecao_de_dados_pessoais_na_Italia. Acesso em: 18/04/2019.

EESC. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Intercâmbio e proteção de dados pessoais num mundo globalizado.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&from=EN>. Acesso em: 09/05/2019.

EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION. O que é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia? Disponível em: <https://www.equalityhumanrights.com/en/what-are-human-rights/how-are-your-rights-protected/what-charter-fundamental-rights-european-union>. Acesso em: 24/04/19.

EUR-LEX. 2003/490/CE: Decisão da Comissão, de 30 de Junho de 2003, nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de protecção de dados pessoais na Argentina. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003D0490&from=EN>. Acesso em: 01/06/19.

EUR-LEX. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 9 de Março de 2010.Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0518&lang1=en&type=NOT&ance=](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0518&lang1=en&type=NOT&ance=e). Acesso em: 20/05/19.

EUR-LEX. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. Acesso em: 24/04/19.

EUR-LEX. Decisão de Execução da Comissão, de 21 de agosto de 2012, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais pela República Oriental do Uruguai no que se refere ao tratamento automatizado de dados [notificada com o número C(2012) 5704]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0484&from=EN>. Acesso em: 05/06/19.

EUR-LEX. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (GDPR). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1558484875745&from=EN>. Acesso em: 29/04/2019.

EUR-LEX. REGULAMENTO (UE) 2018/1725 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=PT>. Acesso em: 31/05/2019.

EUROPARL. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 31/05/19.

EUROPARL. Convention 108 + Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf. Acesso em: 22/04/2019.

EUROPEAN COMMISSION. Adequacy decisions. How the EU determines if a non-EU has an adequate level of protection. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_en. Acesso em: 01/06/19.

EUROPEAN COMMISSION. *Who does the data protection law apply to?* Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law--topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/application-regulation/who-does-data-protection-law--apply_en. Acesso em: 21/04/2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *About*. Disponível em: https://edps.europa.eu/edps-homepage_en?lang=pt. Acesso em: 31/05/19.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Annual Report 2017*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-15_annual_report_2017_en.pdf. Acesso em: 29/05/19.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Data Protection*. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection_en#Independance. Acesso em: 31/05/19.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Regulamento (CE) n. 45/2001**. Disponível em: <https://edps.europa.eu/node/2995>. Acesso em: 27/05/19.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Vacancy for the European Data Protection Supervisor*. COM/2014/10354. 2014/C 163 A/02. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3AC2014%2F163A%2F02>. Acesso em: 27/05/19.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II, 2010*. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf. Acesso em: 18/05/19.

EXAME. **Estados Unidos passam a apoiar oficialmente adesão do Brasil à OCDE**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/eua-passa-a-apoiar-oficialmente-adesao-do-brasil-a-ocde/>. Acesso em: 02/05/2019.

FRA. *Handbook on European data protection law 2018 edition*. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf. Acesso em: 05/06/19.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Il codice ético*. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita/codice-etico>. Acesso em: 31/05/19.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *L'Autorità*. Disponível em: <<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita>>. Acesso em 31/05/19.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Legge n. 675 del 31 dicembre 1996 - Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*. Disponível em: <<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em: 31/05/19.

GREENLEAF, GRANHAM. *Data Privacy Authorities (DPAs) 2017: Growing Significance of Global Networks*. 146 Privacy Laws & Business International Report, 14-17, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993186. Acesso em: 06/06/19.

GREENLEAF, GRANHAM. *Global Data Privacy Laws: National Data Privacy Laws, including China and Turkey*. 145 Privacy Laws & Business International Report, 10-13, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2993035>. Acesso em: 06/06/19.

GUIDI, Guilherme. **Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Guilherme-Guidi-V-revisado.pdf>. Acesso em 21/04/19.

ICDPPC CENSUS 2017. *Counting on Commissioners: High level results of the ICDPPC Census 2017*. 6 September 2017. Disponível em: <https://icdppc.org/icdppc-census-report-2/>. Acesso em: 27/04/2019.

ICO. *History of the ICO*. Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/our-information/history-of-the-ico/>. Acesso em: 31/05/19.

ICO. *Who we are*. Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/who-we-are/>. Acesso em: 31/05/19.

INFOLEG. *Derecho de acceso a la información pública. Ley 27275*. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/norma.htm>. Acesso em: 01/06/19.

INFOLEG. *Proteccion de los datos personales, Lei n. 25.326/2000*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/textact.htm>. Acesso em: 01/06/19.

INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE- IRIS. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa**. p.22. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pt/blog/gdpr-e-suas-repercussoes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 02/05/2019.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO- ITS. **Proposta para a criação da Autoridade Brasileira de Proteção aos Dados Pessoais**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/12/autoridade-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 28/05/2019.

ISRAEL. *Protection of Privacy Law, 5741–1981, section 10a*. Disponível em: <https://www.gov.il/en/departments/legalInfo/legislation>. Acesso em: 19/05/19.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão de execução da comissão de 21 de agosto de 2012**. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0484&from=EN>. Acesso em: 09/06/19.

JORNAL OFICIAL. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 24.04.2019.

JOTA. **De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/de-2010-a-2018-a-discussao-brasileira-sobre-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-02072018>. Acesso em 09/06/19.

LEGIFRANCE. Decreto nº 232/ 2018. *LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes* (1).

Disponívelem:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033897475&categorieLien=id>. Acesso em: 01/06/19.

LEGIFRANCE. *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers etauxlibertés.*Disponívelem:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=20180201>. Acesso em: 01/06/19.

MADGE, Robert. *GDPR's global scope: the long story.* Disponível em: <https://medium.com/mydata/does-the-gdpr-apply-in-the-us-c670702faf7f>. Acesso em: 04/05/2019.

MAYER- SCHONEBERGUER, Viktor. p.223 apud. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 114.

MENDES, Laura Schertel. **Em palestra proferida no Workshop – Lei Geral de Proteção de Dados e MP 869**, em 22 de fevereiro de 2019, na sede do IDP-Brasília.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental** – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189.

NIC.BR. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados: estruturação e desafios regulatórios.**

Disponívelem:https://minhaagenda.nic.br/files/apresentacao/arquivo/480/Autoridade_nacional_de_protecao_de_dados_estrutura_e_desafios_regulatorios.pdf. Acesso em: 22/04/19.

OEA. *Desarrollos Normativos por País – Ecuador.* Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales_dn_ecuador.asp. Acesso em: 01/06/19.

OECD. *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.*

Disponívelem:<<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>>. Acesso em 20/04/19.

OECD. *OECD work on privacy*. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/privacy.htm>. Acesso em 29/04/19.

OECD. *The OECD Privacy Framework*. p. 28-30 Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 02/05/2019.

PARLAMENTO EUROPEU. **Directiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao o tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT> >. Acesso em: 20/04/19.

RED IBEROAMERICANA DE PROTECCION DE DATOS. *Legislación-Bolivia*. Disponível em <http://www.redipd.org/legislacion/bolivia-ides-idphp.php>. Acesso em: 01/06/19.

RED IBEROAMERICANA DE PROTECCION DE DATOS. *Legislación-Venezuela*. Disponível em: <http://www.redipd.org/legislacion/venezuela-ides-idphp.php>. Acesso em: 01/06/19.

SENADO FEDERAL. **Audiência Pública interativa**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?reuniao=8367&codcol=2238>. Acesso em: 06/06/19.

SENADO FEDERAL. **PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO Nº 7, DE 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7960345&ts=1559326387475&disposition=inline>. Acesso em: 05/06/19.

SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: Um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. Idec, 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/publicacao/autoridade-de-protecao-de-dados-na-america-latina>. Acesso em: 01/06/19.

SOLOVE, Daniel J.; HARTZOG, Woodrow. *The FTC and the New Common Law of Privacy*. Colum. 114, L. Rev. 583, 608. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312913. Acesso em 21/05/19.

UNCTAD. Ver «Data protection regulations and international data flows: Implications for trade and development», CNUCED (2016). Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2016d1_en.pdf. Acesso em: 02/05/19.

URUGUAI. Ley nº 18.331, de 18 de agosto de 2008, *Protección de datos personales y acción de “habeasdata”*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U4%20Ley%2018.331%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales%20y%20Acci%C3%B3n%20de%20Habeas%20Data.pdf>. Acesso em: 01/06/19.

USCHAMBER. *Seeking Solutions: Attributes of Effective Data Protection Authorities*. Disponível em: <https://www.uschamber.com/report/seeking-solutions-attributes-effective-data-protection-authorities>. Acesso em 19/05/19.

APÊNDICE A – Principais características estruturais das ANPDs pelo mundo

O quadro abaixo foi elaborado a partir dos relatórios do IDEC, CNI, ITS e da análise comparativa feita no capítulo 5 que trouxe os dados mais recentes sobre o Brasil. Analisando características de autonomia e independência, fontes de financiamento e procedimentos de nomeação de diretores, buscou-se demonstrar, de forma sintetizada, os principais modelos de autoridade nacional analisados neste trabalho.

	Características	Países
Autonomia/Vinculação	Autoridade autônoma / independente	Reino Unido, Itália, França, Argentina
	Autoridades não autônomas, parcialmente autônomas ou vinculadas	Dinamarca, Israel e Letônia (vinculadas a Ministérios da Justiça), Uruguai e Brasil (vinculados à Presidência da República)
Fontes de Financiamento	Financiada pelos seus orçamentos governamentais nacionais	Estônia, França, Uruguai, México, Nova Zelândia e Coreia do Sul
	Financiadas pelos respectivos governos e por meio das suas atividades de fiscalização	Hong Kong, Israel, Luxemburgo, Argentina, Itália, Países Baixos, Malta e Brasil
	Financiadas exclusivamente por meio de suas atividades	Reino Unido, Áustria, Bulgária, Romênia, Chipre, Grécia, Letônia, Portugal e Eslováquia
Procedimento de nomeação e afastamento	Eleitos por assembleias legislativas	Alemanha, Eslovênia e Grécia
	Diretamente nomeados pelos respectivos governos	Uruguai, Hong Kong, Irlanda, Israel, Luxemburgo, Filipinas, Reino Unido, Lituânia e Estônia
	Executivo, Legislativo, Judiciário e organizações públicas são envolvidas no processo de designação e nomeação	Argentina, França, México, Espanha, Itália, Portugal e Bélgica

Nomeação pelo Presidente da República e confirmação pelo Senado ou Congresso Nacional	EUA e Brasil

Fonte: Criada pela autora a partir de dados obtidos na pesquisa.

APÊNDICE B- Quadro comparativo entre a Lei nº 13.709/2018; a Medida Provisória nº 869/2018 e o Projeto de Lei de Conversão nº 07/2019

Texto da Lei Lei nº 13.709/2018 (sancionado em 14/08/2018)	Texto da Medida Provisória nº 869/2018 (de 27/12/2018)	Texto do Projeto de Lei de Conversão nº 07/2019, (aprovado pelo Congresso Nacional em 29/05/19)
Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:	Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:	Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública <u>indireta</u> responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei.	XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei.” (NR)	XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei <u>em todo o território nacional.</u>
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:	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:	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:
Sem inciso correspondente	Sem inciso correspondente	<u>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</u>

		<u>atividade de tratamento pelo controlador;</u>
Sem inciso correspondente	Sem inciso correspondente	<u>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;</u>
Sem inciso correspondente	Sem inciso correspondente	<u>XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.</u>
§ 2º O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas em legislação específica.	Sem parágrafo correspondente	§ 2º O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas <u>na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990,</u> e em legislação específica.
§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, VII, VIII e IX 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 (Estatuto do Servidor Público Federal), na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).	Sem parágrafo correspondente	§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, <u>X, XI e XII</u> 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.
Sem parágrafo correspondente	Sem parágrafo correspondente	<u>§ 5º O produto da arrecadação das multas</u>

		<u>aplicadas pela ANPD, inscritas ou não em dívida ativa, será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos de que tratam o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.</u>
Sem parágrafo correspondente	Sem parágrafo correspondente	<u>§ 6º As sanções previstas nos incisos X, XI e XII do caput deste artigo serão aplicadas:</u>
Sem inciso correspondente	Sem inciso correspondente	<u>I - somente após já ter sido imposta ao menos 1 (uma) das sanções de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do caput deste artigo para o mesmo caso concreto; e</u>
Sem inciso correspondente	Sem inciso correspondente	<u>II – em caso de controladores submetidos a outros órgãos e entidades com competências sancionatórias, ouvidos esses órgãos.</u>
Art. 55 É criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), integrante da administração pública federal <u>indireta</u> , submetida a <u>regime autárquico especial</u> e <u>vinculada ao Ministério da Justiça</u> .	“Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, <u>órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República</u> .” (NR)	“Art. 55-A Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), <u>órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República</u> .
§ 3º A <u>natureza de autarquia especial</u> conferida à ANPD é caracterizada por	Sem parágrafo correspondente	<u>§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em</u>

<u>independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.</u>		<u>entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.</u>
Sem parágrafo correspondente	Sem parágrafo correspondente	<u>§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.</u>
Sem parágrafo correspondente	Sem parágrafo correspondente	<u>§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.”</u>
Sem artigo correspondente	“Art. 55-B. É assegurada autonomia técnica à ANPD.” (NR)	“Art. 55-B É assegurada autonomia técnica e <u>decisória</u> à ANPD.”
Art. 55 § 2º A ANPD será composta pelo Conselho Diretor, como órgão máximo, e pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, além das unidades especializadas para a aplicação desta Lei.	Art. 55-C. ANPD é composta por: I - Conselho Diretor, órgão máximo de direção; II - Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; III - Corregedoria; IV - Ouvidoria; V - órgão de assessoramento jurídico próprio; e VI - unidades administrativas e unidades	Art. 55-C <u>A</u> ANPD é composta <u>de</u> : I - Conselho Diretor, órgão máximo de direção; II - Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; III - Corregedoria; IV - Ouvidoria; V - órgão de assessoramento jurídico próprio; e VI - unidades administrativas e unidades

	especializadas necessárias à aplicação do disposto nesta Lei.” (NR)	especializadas necessárias à aplicação do disposto nesta Lei.”
Art. 55 § 5º O Conselho Diretor será composto por 3 (três) conselheiros e decidirá por maioria.	“Art. 55-D. O Conselho Diretor da ANPD será composto por cinco diretores, incluído o Diretor-Presidente.	“Art. 55-D O Conselho Diretor da ANPD será composto de <u>5 (cinco)</u> diretores, incluído o Diretor-Presidente.
Sem parágrafo correspondente	Art. 55-D. § 1º Os membros do Conselho Diretor da ANPD serão nomeados pelo Presidente da República e ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superior - DAS de nível 5.” (NR)	§ 1º Os membros do Conselho Diretor da ANPD serão <u>escolhidos</u> pelo Presidente da República <u>e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal,</u> e ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, <u>no mínimo,</u> de nível 5.
Sem parágrafo correspondente	Art. 55-D. § 2º Os membros do Conselho Diretor serão escolhidos dentre brasileiros, de reputação ilibada, com nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.	§ 2º Os membros do Conselho Diretor serão escolhidos dentre brasileiros <u>que tenham</u> reputação ilibada, nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.
§ 6º O mandato dos membros do Conselho Diretor será de 4 (quatro) anos.	Art. 55-D. § 3º O mandato dos membros do Conselho Diretor será de quatro anos.	§ 3º O mandato dos membros do Conselho Diretor será de <u>4 (quatro)</u> anos.
§ 7º Os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor serão de 3 (três), 4 (quatro) e 5	Art. 55-D. § 4º Os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor	§ 4º Os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor nomeados serão de 2

(cinco) anos, a serem estabelecidos no decreto de nomeação.	nomeados serão de dois, de três, de quatro, de cinco e de seis anos, conforme estabelecido no ato de nomeação.	(dois), de 3 (três), de 4 (quatro), de 5 (cinco) e de 6 (seis) anos, conforme estabelecido no ato de nomeação.
Sem parágrafo correspondente	Art. 55-D. § 5º Na hipótese de vacância do cargo no curso do mandato de membro do Conselho Diretor, o prazo remanescente será completado pelo sucessor.” (NR)	§ 5º Na hipótese de vacância do cargo no curso do mandato de membro do Conselho Diretor, o prazo remanescente será completado pelo sucessor.”
Sem artigo correspondente	“Art. 55-E. Os membros do Conselho Diretor somente perderão seus cargos em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou pena de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar.	“Art. 55-E Os membros do Conselho Diretor somente perderão seus cargos em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou pena de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar.
Sem parágrafo correspondente	§ 1º Nos termos do caput, cabe ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos federais estáveis.	§ 1º Nos termos do caput <u>deste artigo</u> , cabe ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos federais estáveis.
Sem parágrafo correspondente	§ 2º Compete ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, caso necessário, e proferir o julgamento.” (NR)	§ 2º Compete ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, somente quando assim <u>recomendado pela comissão especial de que trata o § 1º deste artigo</u> , e proferir o julgamento.”

Sem artigo correspondente	“Art. 55-F. Aplica-se aos membros do Conselho Diretor, após o exercício do cargo, o disposto no art. 6º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.	“Art. 55-F Aplica-se aos membros do Conselho Diretor, após o exercício do cargo, o disposto no art. 6º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.
Sem parágrafo correspondente	Parágrafo único. A infração ao disposto no caput caracteriza ato de improbidade administrativa.” (NR)	Parágrafo único. A infração ao disposto no caput <u>deste artigo</u> caracteriza ato de improbidade administrativa.”
Sem artigo correspondente	“Art.55-G. Ato do Presidente da República disporá sobre a estrutura regimental da ANPD.	“Art. 55-G Ato do Presidente da República disporá sobre a estrutura regimental da ANPD.
Sem parágrafo correspondente	Parágrafo único. Até a data de entrada em vigor de sua estrutura regimental, a ANPD receberá o apoio técnico e administrativo da Casa Civil da Presidência da República para o exercício de suas atividades.” (NR)	§ 1º Até a data de entrada em vigor de sua estrutura regimental, a ANPD receberá o apoio técnico e administrativo da Casa Civil da Presidência da República para o exercício de suas atividades.
Sem parágrafo correspondente	Sem parágrafo correspondente	<u>§ 2º O Conselho Diretor disporá sobre o regimento interno da ANPD.”</u>
Sem artigo correspondente	“Art. 55-H. Os cargos em comissão e as funções de confiança da ANPD serão remanejados de outros órgãos e entidades do Poder Executivo federal.” (NR)	“Art. 55-H Os cargos em comissão e as funções de confiança da ANPD serão remanejados de outros órgãos e entidades do Poder Executivo federal.”
Sem artigo correspondente	“Art. 55-I. Os ocupantes dos cargos em comissão e das funções de confiança da ANPD serão indicados	“Art. 55-I Os ocupantes dos cargos em comissão e das funções de confiança da ANPD serão indicados

	pelo Conselho Diretor e nomeados ou designados pelo Diretor-Presidente.” (NR)	pelo Conselho Diretor e nomeados ou designados pelo Diretor-Presidente.”
Art. 56. A ANPD terá as seguintes atribuições: I – zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação; II – zelar pela observância dos segredos comercial e industrial em ponderação com a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei; III – elaborar diretrizes para Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; IV – fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; V – atender petições de titular contra controlador; VI – promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança; VII – promover estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de	“Art. 55-J. Compete à ANPD: I - zelar pela proteção dos dados pessoais; II - editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais; III - deliberar, na esfera administrativa, sobre a interpretação desta Lei, suas competências e os casos omissos; IV - requisitar informações, a qualquer momento, aos controladores e operadores de dados pessoais que realizem operações de tratamento de dados pessoais; V - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei; VI - fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; VII - comunicar às autoridades competentes as	“Art. 55-J Compete à ANPD: I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação; <u>II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;</u> <u>III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;</u> IV - fiscalizar e aplicar sanções <u>em caso de</u> tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; <u>V – apreciar petições de titular contra controlador após comprovada pelo titular a apresentação de reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação;</u>

proteção de dados pessoais e privacidade; VIII – estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, que deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis; IX – promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional; X – dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, observado o respeito aos segredos comercial e industrial; XI – solicitar, a qualquer momento, às entidades do Poder Público que realizem operações de tratamento de dados pessoais, informe específico sobre o âmbito e a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, podendo emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei; XII – elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades; XIII – editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, assim como sobre relatórios de impacto à proteção de dados	infrações penais das quais tiver conhecimento; VIII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei praticado por órgãos e entidades da administração pública federal; IX - difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais e sobre as medidas de segurança; X - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle e proteção dos titulares sobre seus dados pessoais, consideradas as especificidades das atividades e o porte dos controladores; XI - elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade; XII - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional; XIII - realizar consultas públicas para colher sugestões sobre temas de relevante interesse público na área de atuação da ANPD; XIV - realizar, previamente à edição de resoluções, a oitiva de entidades ou órgãos da administração	VI - <u>promover</u> na população o conhecimento das normas e das políticas públicas <u>sobre</u> proteção de dados pessoais e <u>das</u> medidas de segurança; VII - <u>promover</u> e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade; VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis; IX - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional; <u>X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial;</u> XI - solicitar, a qualquer momento, às entidades do <u>poder público</u> que realizem operações de tratamento de dados pessoais informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, <u>com a possibilidade de</u> emitir parecer técnico

pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco para a garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei; XIV – ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante, assim como prestar contas sobre suas atividades e planejamento; XV – arrecadar e aplicar suas receitas e publicar, no relatório de gestão a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o detalhamento de suas receitas e despesas; e XVI – realizar ou determinar a realização de auditorias, no âmbito da atividade de fiscalização, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluindo o Poder Público. §1º Ao impor condicionamentos administrativos ao tratamento de dados pessoais por agente de tratamento privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a ANPD deve observar a exigência de mínima intervenção, assegurados os fundamentos, os princípios e os direitos dos titulares previstos no art. 170 da Constituição Federal e nesta Lei. § 2º Os regulamentos e normas editados pela	pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica; XV - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e XVI - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades . § 1º A ANPD, na edição de suas normas, deverá observar a exigência de mínima intervenção, assegurados os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei e o disposto no art. 170 da Constituição. § 2º A ANPD e os órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental devem coordenar suas atividades, nas correspondentes esferas de atuação, com vistas a assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e promover o adequado funcionamento dos setores regulados, conforme legislação específica, e o tratamento de dados pessoais, na forma desta Lei. § 3º A ANPD manterá fórum permanente de	complementar para garantir o cumprimento desta Lei; XII - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades; <u>XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;</u> XIV - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento; <u>XV - arrecadar e aplicar suas receitas e publicar, no relatório de gestão a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o detalhamento de suas receitas e despesas;</u> <u>XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público;</u> <u>XVII - celebrar, a</u>

ANPD devem necessariamente ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório.	comunicação, inclusive por meio de cooperação técnica, com órgãos e entidades da administração pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental, a fim de facilitar as competências regulatória, fiscalizatória e punitiva da ANPD. § 4º No exercício das competências de que trata o caput, a autoridade competente deverá zelar pela preservação do segredo empresarial e do sigilo das informações, nos termos da lei, sob pena de responsabilidade. § 5º As reclamações colhidas conforme o disposto no inciso V do caput poderão ser analisadas de forma agregada e as eventuais providências delas decorrentes poderão ser adotadas de forma padronizada.” (NR)	<u>qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, de acordo com o previsto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942;</u> <u>XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei;</u> <u>XIX - garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento, nos termos desta Lei e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso);</u> XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos; XXI - comunicar às autoridades competentes as

		infrações penais das quais tiver conhecimento; XXII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal; XXIII - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e XXIV – implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei. § 1º Ao impor condicionantes administrativas ao tratamento de dados pessoais por agente de tratamento privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a ANPD deve observar a exigência de mínima intervenção, assegurados os fundamentos, os princípios e os direitos dos titulares previstos no art. 170 da Constituição Federal e nesta Lei. <u>§ 2º Os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem</u>

		<u>como de análises de impacto regulatório.</u> § 3º A ANPD e os órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental devem coordenar suas atividades, nas correspondentes esferas de atuação, com vistas a assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e promover o adequado funcionamento dos setores regulados, conforme legislação específica, e o tratamento de dados pessoais, na forma desta Lei. § 4º A ANPD manterá fórum permanente de comunicação, inclusive por meio de cooperação técnica, com órgãos e entidades da administração pública responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental, a fim de facilitar as competências regulatória, fiscalizatória e punitiva da ANPD. § 5º No exercício das competências de que trata o caput deste artigo, a autoridade competente deverá zelar pela preservação do segredo empresarial e do sigilo das informações, nos termos da lei. § 6º As reclamações colhidas conforme o

		disposto no inciso V do caput deste artigo poderão ser analisadas de forma agregada, e as eventuais providências delas decorrentes poderão ser adotadas de forma padronizada.”
Sem artigo correspondente	“Art. 55-K. A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, cujas demais competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública. Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais, e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.” (NR)	“Art. 55-K A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública. Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.”
Art. 57. Constituem receitas da ANPD: I - o produto da execução da sua dívida ativa; II - as dotações consignadas no orçamento geral da União, os créditos especiais, os créditos adicionais, as	Sem artigo correspondente	<u>“Art. 55-L Constituem receitas da ANPD:</u> <u>I - as dotações, consignadas no orçamento geral da União, os créditos especiais, os créditos adicionais, as transferências e os</u>

transferências e os repasses que lhe forem conferidos; III - as doações, os legados, as subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; IV - os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade; V - os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo; VI - o produto da cobrança de emolumentos por serviços prestados; VII - os recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais; VIII - o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública."		<u>repasses que lhe forem conferidos;</u> <u>II - as doações, os legados, as subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;</u> <u>III - os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade;</u> <u>IV - os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo;</u> <u>V - o produto da cobrança de emolumentos por serviços prestados;</u> <u>VI - os recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais;</u> <u>VII - o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública."</u>
Art. 58. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por 23 (vinte e três) representantes titulares, e seus suplentes, dos seguintes órgãos: I – 6 (seis) representantes do Poder Executivo federal;	“Art. 58-A. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por vinte e três representantes, titulares suplentes, dos seguintes órgãos: I - seis do Poder Executivo federal; II - um do Senado Federal;	“Art. 58-A O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto de 23 (vinte e três) representantes, titulares e suplentes, dos seguintes órgãos: I – 5 (cinco) do Poder Executivo federal; II – 1 (um) do Senado Federal;

II – 1 (um) representante indicado pelo Senado Federal; III – 1 (um) representante indicado pela Câmara dos Deputados; IV – 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Justiça; V – 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público; VI – 1 (um) representante indicado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil; VII – 4 (quatro) representantes da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais; VIII – 4 (quatro) representantes de instituição científica, tecnológica e de inovação; e IX – 4 (quatro) representantes de entidade representativa do setor empresarial afeto à área de tratamento de dados pessoais. § 1º Os representantes serão designados por ato do Presidente da República, permitida a delegação, e terão mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução. § 2º A participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será considerada atividade de relevante interesse público, não remunerada.	III - um da Câmara dos Deputados; IV - um do Conselho Nacional de Justiça; V - um do Conselho Nacional do Ministério Público; VI - um do Comitê Gestor da Internet no Brasil; VII - quatro de entidades da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais; VIII - quatro de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; e IX - quatro de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais. § 1º Os representantes serão designados pelo Presidente da República. § 2º Os representantes de que tratam os incisos I a VI do caput e seus suplentes serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e entidades da administração pública. § 3º Os representantes de que tratam os incisos VII, VIII e IX do caput e seus suplentes: I - serão indicados na forma de regulamento; II - terão mandato de dois anos, permitida uma recondução; e III - não poderão ser membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil. § 4º A participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados	III – 1 (um) da Câmara dos Deputados; IV – 1 (um) do Conselho Nacional de Justiça; V – 1 (um) do Conselho Nacional do Ministério Público; VI – 1 (um) do Comitê Gestor da Internet no Brasil; VII – 3 (três) de entidades da sociedade civil com atuação relacionada a proteção de dados pessoais; VIII – 3 (três) de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; IX – 3 (três) de confederações sindicais representativas das categorias econômicas do setor produtivo; X – 2 (dois) de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais; e XI – 2 (dois) de entidades representativas do setor laboral. § 1º Os representantes serão designados por ato do Presidente da República, permitida a delegação. § 2º Os representantes de que tratam os incisos I, II, III, IV, V e VI do caput deste artigo e seus suplentes serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e entidades da administração pública. § 3º Os representantes de que tratam os incisos VII, VIII, IX, X e XI do caput

§ 3º Os representantes referidos nos incisos I a VI do caput deste artigo e seus suplentes serão indicados pelos titulares dos respectivos órgãos e entidades. § 4º Os representantes referidos nos incisos VII, VIII e IX do caput deste artigo e seus suplentes serão indicados na forma de regulamento e não poderão ser membros da entidade mencionada no inciso VI do caput deste artigo.	Pessoais e da Privacidade será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.” (NR)	deste artigo e seus suplentes: I - serão indicados na forma de regulamento; II - não poderão ser membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil; III - terão mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução. § 4º A participação no Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.”
Art. 59. Compete ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade: I - propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; II - elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; III - sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; IV - realizar estudos e debates sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e V - disseminar o conhecimento sobre proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral.”	“Art. 58-B. Compete ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade: I - propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; II - elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; III - sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; IV - elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e V - disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais	“Art. 58-B Compete ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade: I - propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; II - elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; III - sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; IV - elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e V - disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população.”

	e da privacidade à população em geral.” (NR)	

A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO DE ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA

Natália Raugusto Diniz

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a pesquisa da quebra do requisito da voluntariedade, a ser analisado pelo juiz no acordo de colaboração premiada, quando o réu/investigado está sob custódia cautelar, ou seja, prisão preventiva. Utiliza-se como parâmetro a Lei n. 12.850/2013, em virtude dos grandes esquemas de organizações criminosas compostas por agentes políticos e grandes empresários brasileiros em crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros crimes, em assunção operação lava-jato. Para alcançar o objetivo da pesquisa, calca-se pelo método dogmático instrumental com pesquisa bibliográfica de doutrina, consulta legislativa e jurisprudencial, de modo a explicar os conceitos principais dos institutos da pesquisa e análise de caso.

Palavras-chave: Colaboração premiada; prisão preventiva; voluntariedade; Lei n. 12.850/2013.

ABSTRACT: The present work has the objective of investigating the breach of the requirement of voluntariness, to be analyzed by the judge in the award collaboration agreement, when the defendant / investigated is in custody, that is, preventive custody. It is used as parameter the Law n. 12,850 / 2013, due to the great schemes of criminal organizations composed of political agents and Brazilian businessmen in crimes of corruption, money laundering, among other crimes, in the assumption of a jet-laundering operation. In order to reach the research objective, it is based on the instrumental dogmatic method with bibliographical research of doctrine, legislative and jurisprudential consultation, in order to explain the main concepts of the institutes of the research and case analysis.

Kewywords: Legal collaboration; pre-trial detention; voluntariness; Low n. 12.850/2013.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa pesquisar sobre o instituto da colaboração premiada como instrumento no combate as organizações criminosas, tema amplamente percorrido pela doutrina e disciplinado também pela Lei n. 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas, bem como o procedimento criminal e também outros meios de obtenção de prova, como a ação controlada e a infiltração de agentes.

A atual conjuntura política do Brasil permeia sobre investigações da Polícia Federal, em conjunto com o Ministério Público Federal, para desvendar grandes esquemas de corrupção e de lavagem de dinheiro, com agentes políticos e grandes empresários envolvidos em crimes organizados, o que possibilita a aplicação da referida lei, bem como dos meios de prova nela estabelecidos, como a colaboração premiada, objeto central deste trabalho.

Sob este prisma, o ponto central deste trabalho está na problematização em se utilizar da colaboração premiada enquanto o colaborador está sob prisão preventiva, tendo em vista a violação de um dos pressupostos de validade da colaboração: a voluntariedade. Isso porque o cerceamento de liberdade com a medida da prisão preventiva pode gerar uma violação da voluntariedade, tendo em vista se tratar de coação moral do agente colaborador, ante as condições que vive dentro de um presídio, em contraposição com as que vivia antes de ser preso, influenciando para que colabore e saia o quanto antes da prisão.

O objetivo do presente estudo é responder a seguinte problematização: em que medida a prisão preventiva interfere na voluntariedade da colaboração premiada?

Assim, como a voluntariedade é um dos pressupostos de validade para que seja homologada uma colaboração premiada, a hipótese é a de que o cerceamento de liberdade com a prisão preventiva do agente colaborador, faz com haja uma quebra da voluntariedade, havendo uma espécie de coação moral, tendo em vista que a situação em que se encontram (em um cárcere, vivendo com poucos minutos de sol por dia, com comida e horários regrados, à presença de agentes penitenciários vigiando o dia inteiro, por fim, mas não menos importante, a privação da liberdade) interferem na voluntariedade do agente, que se veem de certa forma obrigados a delatar, almejando sua liberdade.

A pesquisa do trabalho de conclusão de curso terá como base o eixo metodológico dogmático instrumental, com pesquisa bibliográfica, consulta legislativa, bem como a análise de caso da colaboração premiada feita pelo Antonio Palocci. Assim, será realizada uma pesquisa teórica, bibliográfica e documental quanto ao conceito de prisão preventiva, organizações criminosas, colaboração premiada; análise de caso para verificar o cabimento da hipótese apresentada.

O estudo do trabalho está dividido em 3 (três) capítulos. O primeiro capítulo traz um breve histórico do surgimento da colaboração premiada, bem como trata de conceitos importantes para uma adequada compreensão do instituto, como o de colaboração premiada, o momento e a legitimidade para requerimento ou requisição da colaboração, o procedimento adotado pela Lei n. 12.850/2013 e os direitos e garantias do colaborador.

O segundo capítulo trata sobre as nuances da prisão preventiva, conceituando esta modalidade de prisão cautelar e analisando demais conceitos que permeiam o instituto como medida cautelar, o momento de decretação da prisão, seus requisitos legais, motivos autorizadores e o tempo de duração da prisão preventiva.

Por fim, no terceiro capítulo, há uma busca de marco teórico para sustentar a tese da utilização da prisão preventiva como meio de alcançar a colaboração premiada, bem como análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na aplicação fática dos conceitos que permeiam os institutos principais do trabalho no caso de Antonio Palocci.

1 COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, que consiste em um réu investigado criminalmente cooperar com as autoridades – Ministério Público e policial – na investigação, em troca de uma redução de pena ou até mesmo o perdão judicial.

Este instituto foi incorporado no Brasil sobretudo para obtenção de prova nos grandes casos de investigação criminal de organizações criminosas que envolvem os crimes que envolvem agentes políticos da Administração Pública, podendo citar as operações Lava Jato, Banestado, Mensalão.

Para melhor compreensão do objeto de estudo do presente trabalho, faz-se necessário destacar conceitos importantes, como o de colaboração premiada, seu

procedimento previsto na Lei n. 12.850/2013¹, bem como os direitos e garantias do colaborador.

1.1 Conceito

Segundo Eduardo Araújo da Silva, a colaboração premiada ocorre quando o acusado, em fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes, evita a consumação de outras infrações (colaboração preventiva) e também auxilia a polícia na colheita de provas contra demais coautores (colaboração repressiva), incidindo assim sobre o desenvolvimento das investigações e o resultado do processo.²

Desse modo, Cibele Benevides conceitua e destaca a importância da colaboração premiada, a seguir:

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução da pena. Esse tipo de colaboração é por demais importante na investigação de algumas espécies de crimes, como os praticados por organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, sempre cometidos sob pacto de silêncio (*omertà*).³

Portanto, a colaboração premiada é uma técnica de investigação que consiste em depoimento prestado por um coautor ou partícipe de crime, de forma a contribuir com o processo criminal em troca de um prêmio.

O instituto não possui uma origem histórica recente, vindo de testemunhas da coroa (*crown witness*) no sistema anglo-saxão; nos Estados Unidos o *plea bargain*⁴, amplamente utilizado no combate ao crime organizado, também utilizado na Itália para o desmantelamento das grandes máfias, com o movimento mãos limpas.

¹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 22 de março de 2019.

² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Págs. 52 e 53.

³ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Pág. 86.

⁴ É importante ressaltar que o *plea bargain* é um mecanismo que está no pacote anticrimes (projeto de lei (PL) 1.864/2019), proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, importado dos EUA. Consiste em uma negociação entre o acusado e o Ministério Público, sem a participação do juiz (que somente homologa o que foi pactuado), com intuito de uma contraprestação entre as partes: o acusado presta informações, dentre as quais, a confissão do crime, e o órgão acusador propõe benefícios, como atenuação da pena.

No Brasil, o instituto está disciplinado em diversas leis, tais quais: Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, art. 25, § 2º; Lei n. 8.072/90, lei dos crimes hediondos, parágrafo único do art. 8º; Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, parágrafo único do art. 16; Lei n. 9.269/96, que acrescentou o § 4º do artigo 159 do Código Penal, crime de extorsão mediante sequestro; Lei n. 9.807/99, também conhecida como Lei de proteção às vítimas e testemunhas, art. 13; Lei n. 9.034/95, antiga Lei de organizações criminosas, revogada expressamente pela Lei n. 10.850/2013; Lei n. 9.613/1995, comumente chamada de Lei dos crimes de lavagem de dinheiro, art. 1º, § 5º; Lei n. 10.409/2002, revogada pela Lei n. 11.343/2006, Lei de drogas, art. 41; Lei n. 12.529/2011, Lei antitruste, art. 86; Lei n. 12.846/2013, Lei Anticorrupção, art. 16.

A Lei n. 12.850/2013 (Lei de organizações criminosas) define organização criminosa⁵ e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, tratando em capítulo específico sobre a colaboração premiada.

Faz-se necessário destacar que há divergência doutrinária entre os termos colaboração e delação premiada, se há distinção entre eles ou não. Há uma corrente doutrinária que entende que são conceitos distintos, em colaboração premiada é gênero, da qual a delação premiada figura como espécie (restringe-se a “um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais”⁶). Adeptos desse entendimento são Eduardo Araújo da Silva⁷, Luiz Flávio Gomes, Nucci, que por sua vez, faz uma crítica a lei, a ver:

Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado,

⁵ Segundo o art. 1º, §1º da Lei 12.850/2013, organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 53.

⁷ Segundo Eduardo Araújo da Silva, a colaboração premiada também pode ser denominada como cooperação processual, que ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações se consumam, auxiliando concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores. SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 52.

mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o *dedurismo*.⁸

No entanto, outra corrente doutrinária entende que colaboração premiada e delação premiada são conceitos sinônimos, pacificado expressamente pela Lei n. 12.850/2013, a qual é possível citar Cibele Benevides.

1.2 Momento e legitimidade

Como falado anteriormente, a Lei n. 12.850/2013 inaugurou um capítulo específico para tratar de investigação e meios de obtenção da prova da criminalidade organizada, discriminando no art. 3º um rol taxativo de meios de obtenção de prova, no qual a colaboração premiada se encontra. A lei também reservou uma seção específica para aventar sobre o instituto ora em comento, discriminando seu conceito, o procedimento, os benefícios e os direitos do colaborador.

A Lei n. 12.850/2013, no art. 4º, determina prêmios (redução de até 2/3 – dois terços – da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos) a quem, de forma efetiva e voluntária, tenha colaborado com a investigação e com o processo criminal, desde que a colaboração tenha alguns dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Ressalta-se que os resultados não são cumulativos, bastando a existência de um deles para que haja validade à colaboração.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 51.

Ainda, a depender da relevância da colaboração, o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, desde que nos autos do inquérito policial e com manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que não tenha sido o pedido inicial.

O prazo para oferecimento da denúncia ou do processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se também o prazo prescricional.

O Ministério poderá também deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for líder de organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Se a colaboração for posterior a sentença, no entanto, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Em relação ao tempo, a colaboração premiada pode ser ofertada a qualquer momento, seja em inquérito policial, durante o curso do processo ou na fase de execução da pena. Isso porque o §2º do art. 4º da Lei de organizações criminosas é explícito em determinar que a qualquer momento o Ministério Público poderá requerer a concessão de perdão judicial do colaborador, ainda que o benefício não tenha sido previsto na proposta inicial (o delegado de polícia também poderá representar este pedido ao juiz, desde que com a manifestação do Ministério Público e nos autos de inquérito policial).

Nesse sentido, Soraia da Rosa Mendes e Kássia Cristina explicam que:

A lei não proíbe que a delação/colaboração premiada possa se dar em qualquer fase da persecução penal. Podendo ocorrer durante o inquérito policial, ou até antes dele, em, por extensão, sindicâncias preliminares ou averiguações administrativas. Assim como durante a instrução processual e a fase dos recursos ordinários e excepcionais. Ou, até mesmo, segundo Dipp (2015, p. 23), após a formação da coisa julgada formal e material, de modo que, em decorrência das inúmeras possibilidades de reexame da condenação, ser possível entender que haja também abertura legal para que o acordo de delação/colaboração dê-se mesmo em fase de execução da pena. Caso em que a colaboração premiada, nos termos da lei, ocorrida depois da sentença, implicará em redução de pena até metade, sendo também admissível a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.⁹

⁹ MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. Págs. 78 e 79.

Desse modo, verifica-se a partir da leitura dos arts. 4º, §2º e 6º, IV, ambos da Lei de organizações criminosas, que tanto o Ministério Público quanto o delegado de polícia são legitimados a propor o acordo de colaboração premiada com o investigado e seu defensor. Quanto ao Ministério Público, a sua legitimidade é um fato incontroverso; no entanto, quanto a previsão do delegado de polícia gerou uma discussão sobre a constitucionalidade da lei, em Arguição Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 5508/DF¹⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que, por fim, concluiu pela constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13.

1.3 Procedimento

Formulados os detalhes do acordo entre o colaborador e Ministério Público, ou o delegado de polícia, formula-se o termo de colaboração premiada¹¹, peticionando ao juiz competente para homologação.

O pedido de homologação do acordo de colaboração premiada será distribuído de forma sigilosa¹², segundo o art. 7º da Lei, contendo apenas informações que não identifiquem o colaborador e o objeto. Ato contínuo, as informações detalhadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

O §2º do referido artigo ressalta que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, a fim de garantir êxito nas investigações. É assegurado ao defensor amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI n. 5508/DF.** Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Julgado em 04/12/2017, publicado em processo eletrônico DJe-283. Divulgado em: 07/12/2017, Publicado em: 11/12/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

¹¹ O art. 6º da Lei 12.850/2013 estabeleceu forma específica para o termo de colaboração premiada, que deve ser escrito e conter: o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

¹² Segundo o §3º do art. 7º da Lei 12.850/2013, o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia.

exercício do direito de defesa, desde que com interesse do representado e precedido de autorização judicial, com ressalva das diligências em andamento.

Com efeito, o juiz, ao receber os termos da colaboração, analisa se estão presentes os pressupostos de validade da colaboração premiada, estabelecidos no art. 4º da Lei (a efetividade da colaboração e a voluntariedade do colaborador). Verifica também as circunstâncias para a concessão do benefício, de acordo com o §1º, como a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

O legislador cuidou nos §§6º e 8º do art. 4º da Lei 12.850/2013 da proibição do juiz participar das negociações entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. Sendo assim, cabe ao magistrado decidir somente sobre a legalidade e a voluntariedade do acordo, podendo recusar homologação à proposta que não atender os requisitos legais.

Nesse sentido, Cibele Benevides explica que a justiça negociada rompe a tradição do sistema inquisitivo no Brasil, em que o juiz exerce uma intervenção maior nos assuntos entre as partes, prestigiando assim o sistema acusatório, cabendo as partes cuidarem das questões do acordo de colaboração premiada, restringindo ao juiz o papel de “fiscal da legalidade e da voluntariedade do acordo”.¹³

No entanto, se houver dúvida quanto a liberdade do agente colaborador, o juiz poderá ouvi-lo, sigilosamente, na presença de seu defensor, conforme o art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013, a fim de verificar um possível vício na voluntariedade do colaborador.

14

Desse modo, a voluntariedade é um ato de liberalidade do colaborador, que expressa a sua vontade em colaborar sem vícios de vontade (como a coação física ou moral, por exemplo). Silva pondera que a voluntariedade da iniciativa do colaborador é um dos pontos mais sensíveis do instituto, ante a possibilidade de constrangimentos para que haja uma colaboração eficaz.¹⁵

¹³ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Pág. 120.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 68.

¹⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 57.

O §13 do art. 4º impõe mecanismos que facilitam a verificação da voluntariedade do acordo de colaboração premiada pelo juiz, como o registro dos atos de colaboração em meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou seminal, inclusive audiovisual, ou seja, meios destinados a obtenção de maior fidelidade das informações.

Outrossim, a efetividade da colaboração, outro requisito legal a ser verificado preliminarmente pelo juiz, consiste no dever de colaborar de forma permanente com as autoridades, que segundo Eduardo Araújo da Silva, o implica na necessidade de comparecer perante estas sempre que for solicitado, ainda que para acompanhar diligências, se necessário for¹⁶.

Por fim, segundo o art. 4º, §1º, da lei, devem ser observadas circunstâncias favoráveis (a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato criminoso) à colaboração premiada. Acrescenta Eduardo Silva:

Ainda a propósito da compatibilidade das circunstâncias do caso concreto com a finalidade do instituto, o §4º do art. 4º veda a aplicação do instinto na hipótese de não propositura da ação penal pelo Ministério Público se o colaborador for o líder da organização criminosa (inciso I) ou se não for o primeiro a prestar efetiva colaboração (inciso II).¹⁷

Portanto, se o colaborador for líder de organização criminosa ou se não for o primeiro a prestar efetiva colaboração, de acordo com o dispositivo em comento, não é possível conferir a ele o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Pública.

Sob este prisma, o §3º do mesmo artigo determina que o prazo para oferecimento da denúncia ou do processo pode ser suspenso por até 6 (seis) meses, sendo possível prorrogar por igual período, até que sejam cumpridas as medidas da colaboração. O prazo prescricional também fica suspenso nesse período.

Segundo Nucci, com o acordo de colaboração premiada, o juiz possui dois caminhos: homologar o acordo, que produzirá todos os efeitos jurídicos previstos na lei de organizações criminosas, ou indeferir a homologação por não atender os requisitos

¹⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Págs. 57 e 58.

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 59.

legais. Poderá, ainda adequá-lo ao caso concreto, conceder um benefício no lugar de outro, por exemplo.

Homologado o acordo, o colaborador estará seguro, podendo ser ouvido pelo Ministério Público ou pelo delegado, acompanhado pelo seu defensor (art. 4º, §9º, da Lei n. 12.850/2013)¹⁸.

Vale ressaltar que não é necessária a análise do juiz sobre a veracidade das declarações do colaborador para fins de homologação do acordo. Segundo Cibele Fonseca, isso será necessário somente no julgamento do processo, em que o depoimento do colaborador será um meio de obtenção de provas, acrescentando que:

Com a homologação do acordo, algum processo tramitará, seja contra o próprio réu cooperante, seja com relação aos demais membros da organização criminosa ou coautores e partícipes. Nesse processo o colaborador deverá prestar depoimento, abrindo mão do direito ao silêncio e comprometendo-se a dizer a verdade. A instrução ocorrerá normalmente, contando com os meios de prova obtidos a partir, também, do acordo de colaboração premiada.¹⁹

Finda a instrução processual o juiz deverá proferir a sentença, que apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia, devendo respeitar o que foi acordado.

A Lei de organizações criminosas permitiu a retratação da proposta pelas partes, nos termos do § 10º do art. 4º. Neste caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, “mas poderá ser utilizado pelo acusador no tocante a outros investigados ou corréus”²⁰

1.4 Direitos e Garantias do colaborador

O art. 5º da Lei de organizações criminosas se preocupou com a segurança do colaborador e seus familiares, que previu os seguintes direitos:

Art. 5º São direitos do colaborador:
I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 68.

¹⁹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Pág. 123.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 69.

- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Quanto as medidas de proteção previstas na legislação específica, mais precisamente a Lei n. 9.807²¹, de 1999, é possível citar a alteração do nome completo, em casos excepcionais e considerando as características e gravidade de coação ou ameaça, podendo estender-se, inclusive à família e aos filhos menores do colaborador, disposto no art. 8º desta Lei.

Não somente leis infraconstitucionais estabelecem medidas de proteção ao colaborador, mas também Tratados Internacionais assinados pelo Brasil, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.687/06, as quais preveem que os Estados parte devem adotar medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou intimidação de testemunhas e peritos que atuaram nos processos penais. Os países signatários destas Convenções e que consagraram medidas de proteção a vítimas e testemunhas estenderam aos corréus colaboradores, “pois igualmente suportam riscos para a sua segurança e deus familiares quando se dispõem a prestar declarações contra as organizações criminosas”.²²

2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um instituto do Direito Processual Penal que consiste em uma medida cautelar de privação da liberdade pessoal antes do trânsito em julgado de

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.html. Acesso em: 18 de abril de 2019.

²² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Págs. 76-80.

sentença penal condenatória, disciplinada pelo Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.698²³, de 3 de outubro de 1941), a partir do artigo 311, com redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011.

Dessa forma, Fernando Capez²⁴ conceitua a prisão preventiva como uma prisão processual de natureza cautelar, decretada pelo juiz na investigação policial ou no processo criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sempre que preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Fernando Tourinho Filho, por sua vez, acrescenta que é uma medida cautelar “seja para garantir eventual execução da penal, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal”²⁵. Trata-se de uma medida drástica, que deve ser reservada a casos excepcionais.

Para uma clara compreensão do instituto em análise no presente trabalho, faz-se necessário analisar o conceito de prisão preventiva para trazer outros conceitos, como o de medida cautelar, o momento a ser decretada a prisão, bem como seus requisitos legais e motivos autorizadores.

2.1 Medida Cautelar

Por medida cautelar, entende-se que são medidas destinadas a resguardar o resultado útil da investigação ou do processo, podendo ser divididas em cautelares reais, relativas à prova e pessoais. Em suma, cautelares reais recaem sobre as coisas, destinadas à reparação do dano ou perdimento das coisas, como o arresto e o sequestro; cautelares relativas à prova são as medidas que evitam o perecimento do direito, como a produção antecipada de prova e a busca e apreensão; cautelares pessoais impõem restrições a direitos do cidadão, com o objetivo de assegurar a utilidade da investigação criminal ou da instrução processual penal.²⁶

Neste sentido, Eugênio Pacelli leciona que a prisão preventiva revela o caráter cautelar na tutela da persecução penal, pois objetiva impedir que eventuais condutas

²³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.html. Acesso em: 12 de março de 2019.

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 335

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 683.

²⁶ TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed. re., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. Págs. 506 e 507.

praticadas pelo investigado ou réu possam colocar em risco a efetividade da investigação ou do processo. Nesse sentido:

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.²⁷

Dessa forma, a prisão preventiva é uma medida necessária para assegurar o resultado útil da investigação criminal e a instrução do processo, quando se fazem presentes os requisitos e fundamentos legais necessários e suficientes para a prisão.

2.2 Momento

Como momento que a prisão preventiva pode ser decretada, o art. 311 do CPP dispõe que poderá se dar em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

Contudo, importa salutar que, em razão do sistema de garantias individuais constitucionais, a prisão preventiva somente poderá ser decretada por “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme leitura do art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁸ – CRFB - de 1988. Nesse sentido, Leciona Eugenio Pacelli:

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal.²⁹

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013.** - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 549.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html. Acesso em: 18 de março de 2019.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013.** - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 550.

Ademais, é possível que o juiz estabeleça a prisão preventiva de ofício, mas somente quando já iniciado o processo criminal. No entanto, a qualquer momento poderá ocorrer o requerimento do Ministério Público (também pelo querelante em ação penal de iniciativa privada) ou por representação da autoridade policial.

Outrossim, existem duas outras situações que a prisão preventiva pode ser decretada, além da ora comentada quais sejam: como conversão da prisão em flagrante³⁰, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP) e em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º e art. 312, parágrafo único, ambos do CPP).³¹

A primeira consiste na possibilidade do juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, em converter a prisão em flagrante em preventiva, quando “presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”; a segunda, entretanto, consiste na aplicação do instituto, de modo subsidiário, ante o descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Sobre última hipótese, merece destaque o fato de que pode ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, além da obrigação de se decretar a prisão preventiva como último caso.

2.3 Requisitos legais

Eugênio Pacelli divide os requisitos para a prisão preventiva em fáticos e normativos, os quais estão estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Como requisitos fáticos, entende ser as situações legais de risco à persecução

³⁰ Flagrante vem do latim *flagrantis*, do verbo *flagrare*, queimar, assim significa o delito no instante da sua consumação. Logo, a prisão em flagrante acontece a quem é surpreendido no mesmo instante da consumação da infração penal. Conceito retirado de Fernando da Costa Tourinho Filho. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 668.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013**. – São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 551.

penal, enquanto que os requisitos normativos são os crimes passíveis de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, parte da doutrina, como Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró divide os requisitos em *fumus commissi delicti* - fumaça da existência de um delito - e *periculum libertatis* - perigo de permanecer em liberdade.

O *fumus commissi delicti*, ou requisito fático, estabelecido no final art. 312 do Código de Processo Penal, é a comprovação da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Sobre esse aspecto, assevera Badaró, que quanto a existência do crime (materialidade delitiva), há a necessidade de prova concreta que o fato existiu, ou seja, é imprescindível demonstrar um juízo de certeza quanto a existência do crime, não bastando a mera possibilidade. No entanto, quanto a autoria, o próprio texto legal traz “indícios suficientes de autoria”, não sendo necessário, portanto, a certeza, apenas elementos probatórios de probabilidade de autoria.³²

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.³³

De outro modo, o *periculum libertatis* é “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo”³⁴ estipulado pelo art. 312 do Código de Processo Penal como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ordem pública é uma expressão vaga e com conteúdo indeterminado, o que coloca uma ampla discricionariedade nas mãos do magistrado e por isso coloca em risco a liberdade individual. Desse modo, a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam uma corrente restritiva que entende que a fundamentação da prisão preventiva na ordem

³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Págs. 1062-1063.

³³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 851.

³⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 854.

pública dever ser quando há um “risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade”³⁵.

Assim, Renato Brasileiro explica que a garantia da ordem pública é sinônima da periculosidade do agente, mas não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito e nem com base na repercussão da infração ou clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados.

No mesmo sentido apresentado por Renato Brasileiro, o STJ firma jurisprudência de que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública poderá ocorrer para evitar a reiteração delitiva e quando há indícios de fuga. A ver:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PECULATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES.

INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

2. No caso em exame, a prisão preventiva do recorrente está suficientemente fundamentada no modus operandi empregado na empreitada delituosa, pois ele é apontado como integrante de organização criminosa voltada para a prática de delitos diversos, através de fraudes em procedimentos licitatórios e de contratação de parentes sem concurso público, movimentando astronômicas quantias em dinheiro (mais de R\$ 6.000.000,00), sendo apontado como um dos chefes da organização. Tais circunstâncias evidenciam o grau de periculosidade do recorrente e justificam sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, inclusive como forma de evitar a reiteração delitiva.

3. "A custódia cautelar visando a garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa" (RHC 122.182, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014).

4. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade da recorrente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

5. Recurso em habeas corpus não provido.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág. 897.

(RHC 109.463/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019)³⁶

Há também o fundamento da ordem econômica, inserido no Código de Processo Penal através da Lei 8.884, de 1994, conhecida como Lei Antitruste. De acordo com Badaró, esta prisão “tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro”³⁷.

Por outro lado, a conveniência da instrução criminal, ou tutela da prova, é fundamento quando há risco para a instrução, ou seja, para conservar os meios ou provas para assegurar o resultado da sentença condenatória. Como exemplo, pode-se citar a ameaça ou suborno do réu aos peritos ou testemunhas, ocultação de provas, ou não comparecer a atos de instrução com presença necessária, como no reconhecimento pessoal.³⁸

Nota-se que a palavra conveniência traz uma discricionariedade, que segundo Aury Lopes Jr. é incompatível com o instituto da prisão preventiva, pois deve ser pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo um último instrumento a ser utilizado.³⁹

Assegurar a aplicação da lei penal, é o fundamento que se aplica quando há uma possibilidade de fuga do acusado, evitando-se que a condenação venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva.

Ademais, além dos requisitos ora expostos, há também os requisitos normativos (assim denominado por Capez), estipulados no art. 313 do Código de Processo Penal, que são os crimes ou circunstâncias que determinam a possibilidade da aplicação deste instituto, a ver:

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 109463.** Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. DJe: 21/05/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900712031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 1069.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 1070.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1944-Prises-Cautelares-2017-Aury-Lopes-Jr.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2019.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Assim, extrai-se da lei que crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se condenado por outro crime doloso por sentença penal transitada em julgado (com a ressalva do art. 64, I, do Código Penal⁴⁰) ou se o crime envolver violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Ademais, o parágrafo único acrescenta a possibilidade de haver prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornece elementos para esclarecê-la, sendo que sanada a dúvida, deverá ser colocado em liberdade (salvo se houver outra hipótese para manutenção da medida).

Sobre o último inciso do art. 64, vale ressaltar que não basta que o crime envolva violência doméstica contra as pessoas ora comentadas, mas que haja a infringência de uma medida protetiva de urgência, pois o que está disposto na lei é para a salvaguarda dessas medidas de urgência. Desse modo, se há o descumprimento de uma medida de urgência em crime que envolva violência doméstica e familiar, caberá a prisão preventiva.

2.4 Duração

Não há determinação legal geral no Código de Processo Penal quanto ao prazo de duração da prisão preventiva, diferentemente do que faz em outros tipos de

⁴⁰ Art. 64, CP. Para efeito de reincidência (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984): I- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

prisão, como a prisão em flagrante⁴¹. Desse modo, segundo o autor Renato Brasileiro, isso faz com que a prisão preventiva passe a assumir contornos de uma pena antecipada, pois assume um caráter de prisão definitiva, e não mais cautelar.

No entanto, existem diversas leis esparsas que determinam prazo para a prisão preventiva, como o Código Penal Militar, que em seu art. 390 estabelece o prazo de 50 (cinquenta) dias para o fim da prisão se o acusado estiver preso; nesse sentido, a Lei 12.850/2013, objeto de estudo do presente trabalho, estabelece no parágrafo único do art. 22, que a instrução criminal deve ser encerrada em prazo razoável não superior a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso. Este prazo, porém, poderá ser prorrogável por até igual período, desde que por decisão fundamentada e devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu⁴².

Nos demais casos em que não há uma fixação de período certo para o término da prisão preventiva, percebe-se a existência de uma discricionariedade e da facilidade de acontecerem abusos, transformando o caráter cautelar da prisão provisória em definitivo, ocorrendo uma “antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, § 5º)”⁴³.

Nesse diapasão, os Tribunais Superiores flexibilizaram tempo de duração da prisão para análise de cada caso concreto, em razão da complexidade dos fatos e do procedimento (como a pluralidade de réus e testemunhas), da atuação das partes e do Estado, bem como a aplicação da Súmula 52 do STJ, que diz que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”. Nesse sentido, diz o STF:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO
EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL.

⁴¹ A prisão em flagrante, que ocorre nos termos dos arts. 301 e seguintes do Código de Processo Penal, tem prazo certo pois, segundo o art. 310, o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, converter em prisão em flagrante ou conceder liberdade provisória. Não há a hipótese de manutenção da prisão em flagrante.

⁴² BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em: 13 de maio de 2019.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág.

CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO NO TRIBUNAL A QUO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. TEMA NÃO DEBATIDO PELA INSTÂNCIA PRECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. NECESSIDADE DE SE AFERIR A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO À LUZ DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

3. A complexidade dos fatos e do procedimento, permitem seja ultrapassado o prazo legal da instrução processual, máxime diante do registro do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o processo necessitou da expedição de cartas precatórias, resolução de pleitos incidentais de liberdade provisória formulados pelo paciente, bem como contribuição da defesa no início do processo, dada a desídia para apresentação da defesa prévia. Assim, o feito está em constante movimentação, seguindo a sua marcha regular, sem evidência de desídia por parte do Estado”. Precedentes: HC 125.144-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 28/06/2016; e HC 132.610-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 06/06/2016.

(...)

(RHC 168807 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 07-05-2019 PUBLIC 08-05-2019)⁴⁴

No voto do RHC 168807, o Ministro Luiz Fux amparou-se na jurisprudência da Corte para dizer que a complexidade da causa permite seja ultrapassado o prazo legal, não podendo aferir a razoável duração do processo de modo dissociado das especificidades do caso, nem se podendo alegar excesso de prazo quando o feito está em constante movimentação, seguindo sua marcha regular, sem evidência de desídia por parte do Estado.

Desse modo, conclui-se que não há um prazo geral para o fim da prisão preventiva e que, embora haja legislações especiais esparsas que preveem esse prazo, como a citada Lei n. 12. 850/2013 e o Código Penal Militar, a jurisprudência o flexibiliza em virtude da complexidade do caso concreto.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 162154.** Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe: 08/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756468>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

3 A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO PARA ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DA LEI 12.850/2013

Estabelecidos os principais conceitos dos institutos de prisão preventiva e de colaboração premiada nos capítulos anteriores, faz-se necessário analisar a problematização desse trabalho, que consiste no questionamento de em que medida a prisão preventiva interfere na voluntariedade da colaboração premiada.

3.1 Voluntariedade

A voluntariedade é um requisito a ser analisados pelo juiz para a validade do acordo de colaboração premiada. No entanto, quando o colaborador está sob prisão preventiva, questiona-se se este requisito seria violado, tendo em vista ser uma espécie de coação ante a vulnerabilidade do preso a celebração de qualquer tipo de acordo para alcançar novamente a sua liberdade. Eduardo Araújo da Silva entende que este é um dos pontos mais sensíveis a se verificar na prática do processo penal, pois há uma grande possibilidade de constrangimentos para uma colaboração eficaz.⁴⁵

Desse modo, a doutrina aponta como um dos motivos da proibição da prisão a exigência da espontaneidade para colaborar, em que pese a Lei n. 12.850/2013 expresse a palavra voluntariedade no *caput* do art. 4º, e no §7º do mesmo artigo.

Nesse diapasão, Renato Brasileiro diferencia as expressões, dizendo que espontaneidade é aquele “cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia”, enquanto que voluntariedade, é o que “nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento”, ainda que não tenha sido do agente a iniciativa.⁴⁶ Dessa forma, o autor entende pela literalidade da lei, que exige somente que o acordo deve ser dotado de voluntariedade, ou seja, sem qualquer coação, ainda que seja provocado por terceiros.

⁴⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 57.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág. 739.

No mesmo sentido, Suxberger entende que voluntariedade advém do latim *voluntarius*, significando o “que age por vontade própria”. Desse modo, para o autor, agir voluntariamente é um ato de vontade que vem do indivíduo em autodeterminar-se e optar por praticar ou não uma ação, podendo ser sugerido por terceiros, como no caso da delação, pelas autoridades responsáveis pela investigação. Já a espontaneidade, continua o autor, a ideia surge da própria mente do acusado, sem ingerências externas.⁴⁷

Em suma, a Lei prevê a voluntariedade do colaborador, e não espontaneidade. Logo, conclui-se que não é necessário que o termo inicial para o acordo tenha que ser necessariamente do colaborador, mas pode vir de terceiros, como o Ministério Público, delegado de polícia, ou até mesmo de seu advogado ou defensor.

3.2 Modelo inquisitório

Superada a diferenciação dos termos voluntariedade e espontaneidade, bem como entendido que a lei exige que haja apenas a presença daquela expressão, surge o questionamento: a prisão preventiva, por si só, interfere na voluntariedade do colaborador, como um mecanismo de pressão psicológica, violência ou coação?

Primeiramente, é importante ressaltar que o acordo de colaboração premiada é legítimo, segundo Vinícius Vasconcellos, se aceito pelo investigado de forma voluntária, “sem pressões ou coações, com conhecimento de seus termos e de suas consequências, especialmente a renúncia de direitos fundamentais, como à defesa e ao contraditório, além de, por fim, apresentar uma base fática mínima para atestar sua adequação ao caso.”⁴⁸ Portanto, se houver pressão ou coação para a celebração do acordo, este será ilegítimo porque fere a voluntariedade e a validade deste, não podendo ser homologado pelo juiz.

⁴⁷ SUXBERGER, Antonio H G; MELLO, Gabriela S J V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 3. N. 1. P. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3il.40> Acesso em: 20 de abril de 2019.

⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. Pág. 89.

No entanto, é necessário citar o conceito de coação sob leitura do art. 153 do Código Civil⁴⁹, em que “não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”. Desse modo, conclui Suxberger que só há coação se houver ilegalidade, portanto, a prisão preventiva por si só não pode ser considerada ato de coação se for legal e decretada em observância aos requisitos legais.

Insta salutar que de fato, a prisão é intimidante para um acusado em um processo penal. Porém, nem sempre se trata de violência ou de coação se for feita de acordo com a lei: após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória de pena privativa de liberdade, após um flagrante, ou como no caso em tela, prisão preventiva, casos em que estejam presentes todos os requisitos legais.

Ademais, segundo Ferrajoli, o prolongamento da detenção (exceto se para conservação de provas) tem o efeito de colocar o preso em condição de submissão, além de colocar obstáculos a sua defesa e induzi-lo eventualmente à confissão.⁵⁰

Sob este aspecto, se a prisão tiver o condão de obter informações, retoma-se o modelo inquisitório (baseado nos poderes de acusar, defender e julgar somente ao juiz, não existindo garantias fundamentais ao contraditório, ampla defesa, admitindo-se a tortura para a confissão e a busca da verdade⁵¹), advertindo sobre o interrogatório do acusado:

Sua coercitividade é não só um escopo desnecessário, mas um propósito francamente ilegítimo, cuja realização “para arrancar a confissão do réu” – nas palavras de Francesco Carrara – mostra “não estar morta a semente daqueles que secretamente lamentam a abolição da tortura; já que a masmorra, utilizada no sentido como acima se ensina, não é outra coisa que uma tortura disfarçada”.⁵²

Assim, segundo o autor, a coação para obtenção de informações do acusado em relação ao processo (sua confissão, bem como informações sobre envolvimento de terceiros, como é a organização criminosa, como se mantém, qual é o papel desempenhado por cada agente) não só é ilegítima, mas caracteriza tortura.

⁴⁹ BRASIL, Senado Federal. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 de junho de 2019.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 448.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág. 45.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 448.

Importa ressaltar que o sistema inquisitório, foi superado ante o sistema acusatório (em que as funções de acusar, julgar e defender são de competência de pessoas distintas: Ministério Público, juiz e advogados/defensores, respectivamente) e pelos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que se destacam, dentre outros, a garantia do contraditório e da ampla defesa, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência. É importante proteger o princípio da presunção da inocência sob pena de reduzi-lo “a um inútil engodo, demonstrando que o uso desse instituto, antes ainda do abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais”⁵³.

Na mesma linha de pensamento de Ferrajoli há a teoria dos jogos no processo penal, explicada por Alexandre Morais da Rosa, que segundo a qual as medidas cautelares podem configurar mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento, tendo em vista que “a prisão do indiciado/acusado é a modalidade de guerra com ‘tática de aniquilação’, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura”⁵⁴

Assim, de acordo com essa teoria, a prisão cautelar é uma forma de pressão para angariar informações, uma vez que a defesa irá se movimentar para a liberdade do acusado. O autor segue explicando que somado a esse fator a facilidade probatória e a redução do acusado a objeto⁵⁵ podem ser úteis à acusação.

Conclui Alexandre Morais que, embora seja impossível a extinção das prisões cautelares, defende que para que sejam decretadas ou mantidas, é necessário que haja os requisitos legais, não bastando a referência a capitulação da conduta, mas a demonstração de sua excepcionalidade, a partir da noção do devido processo legal substancial (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Assim, a mera transcrição dos termos legais, bem como a mera gravidade da infração imputada, o clamor público e os antecedentes não bastam, devendo ser comprovada as condições fáticas para tal medida.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 445.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Pág. 78.

⁵⁵ DANTAS, Luziana Barata. **A Prisão Preventiva e o Paradigma da Pós-Modernidade em Bauman**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. Apud VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. Pág. 89.

Portanto, à luz da teoria garantista de Ferrajoli e da teoria dos jogos, conclui-se que a pena cautelar de restrição da liberdade, ou seja, a pena privativa, se utilizada como forma de obtenção de meios de prova, tais quais a colaboração premiada, em que, reprisando o que já fora dito, o delator confessa e entrega terceiros, configura-se um retorno ao regime de inquisição, tornando um retrocesso ao avanço na legislação e na conquista de direitos e garantias fundamentais, alcançado para segurança do cidadão perante o poder Estatal.

Deve-se buscar, então, a autonomia da vontade do preso, respeitando-se a voluntariedade, pois trata-se de “requisito fundamental para a eficácia da colaboração premiada, é essencial para a garantia de direitos ao\à acusado\ a e, consequentemente, de uma persecução penal séria”.⁵⁶

3.3 A proibição da prisão preventiva e o cerceamento de defesa à luz do entendimento jurisprudencial

Percebe-se que em sede da operação Lava Jato existem investigados que foram presos preventivamente e após um certo período no cárcere, fizeram acordo de colaboração premiada, podendo citar Antonio Palocci, Joesley Batista, Roberto Youssef, dentre outros.

Dos exemplos citados, o caso que será analisado na presente pesquisa será o que envolve o Antonio Palocci⁵⁷. A razão da escolha desse caso está no fato de que Palocci permaneceu preso preventivamente desde setembro de 2016, impetrando diversos Habeas Corpus na Justiça (sendo todos negados), mas foi solto pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 29 de novembro de 2018, em virtude de acordo de delação

⁵⁶ MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. Pág. 87.

⁵⁷ “Antônio Palocci Filho exerceu o cargo de Ministro da Fazenda entre 01/01/2003 a 27/03/2006 durante o primeiro mandato do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Assumiu o mandato de Deputado Federal em 01/02/2007, licenciando-se, a partir de 01/01/2011, para exercer o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil durante o primeiro mandato da ex-Presidente Dilma Roussef, no qual permaneceu até 07/06/2011”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/evitar-ocultacao-propina-moro-determina.pdf> Acesso em: 04 de junho de 2019.

premiada firmado com a Polícia Federal e homologado pelo Desembargador João Pedro Gebran Neto em junho do mesmo ano.⁵⁸

Palocci foi preso investigado pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e associação criminosa, dando ensejo à Ação Penal n. 5054932-88.2016.4.04.7000/PR. A prisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC 5045442-90.2016.4.04.0000/PR, julgado em 14.12.2016 e impugnada no âmbito do STJ, por meio do HC 387.557/PR que, por sua vez, em 26.4.2017, não conheceu a medida. A prisão preventiva imposta foi mantida em sentença condenatória recorrível proferida, em 26.6.2017, em primeiro grau.

No STF, foi impetrado também o HC n. 143.333⁵⁹, caso em que houve divergência nos votos dos Ministros, que obteve maioria para manutenção de Palocci na prisão. De um lado, rejeitaram o pedido de liberdade da referida prisão preventiva os Ministros Edson Fachin, relator do processo, Alexandre Moraes, Barroso, Fux, Rosa Weber e Carmem Lúcia. Em sentido contrário se posicionaram os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Desse HC, surgiram algumas discussões entre os ministros sobre os pressupostos a serem atendidos para a prisão preventiva, como o prazo excessivo para compor a questão, tendo em vista que se passaram mais de quatro anos entre a prática da conduta e o encarceramento, a ausência de fundamentos para manutenção da custódia.

Segundo entendimento do Ministro Lewandowski, já havia tempo suficiente para exame do processo de Palocci, destacando também sua primariedade e bons antecedentes, o que não era motivo suficiente para manutenção da custódia. Destacou, ainda, que a prisão preventiva está ancorada exclusivamente na garantia da ordem pública, que se consubstancia, em caso, na probabilidade de reiteração delitiva – o que, no entendimento do ministro, é motivo frágil, diante do lapso temporal de mais de quatro anos entre a prática da conduta criminosa e o encarceramento.

⁵⁸ BOMFIM, Camila. **TRF-4 homologa delação do ex-ministro Antonio Palocci à Polícia Federal**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/trf4-homologa-delacao-de-palocci.ghml>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 143333/PR**. Relator(a): Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2018, publicado em processo eletrônico DJe-055. Divulgado em: 20/03/2019, publicado em: 21/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076> Acesso em: 11 de junho de 2019.

O Ministro Gilmar Mendes destacou que a prisão não mais era necessária e deveria ser reavaliada conforme a evolução das circunstâncias, bastando a aplicação de medidas cautelares diversas, como as presentes no art. 319 do CPP, tendo em vista que “não há acusação de crimes violentos, não sendo a segregação a forma única de acautelar a sociedade”.

Ora, é de causar estranheza o fato de que Palocci passou 2 anos preso preventivamente, utilizando-se de todos os meios processuais para converter a decisão de prisão e conquistar sua liberdade, sendo todos esses meios negados, inclusive pelo STF, para posteriormente, após prestação de informações através de acordo de colaboração premiada ser solto.

Sobre esse aspecto, até os Ministros do STF, na votação do HC 143.333, posicionaram-se que a prisão preventiva para obtenção da colaboração premiada é ilegal, tendo em vista que não constitui fundamento legal para a custódia. O Ministro Gilmar Mendes advertiu que “não se pode, volto a repetir, usar prisão provisória para obter delação premiada! Isso é tortura, em qualquer lugar do mundo! E é preciso deixar isso muito claro; e isso é um vilipêndio a nossa história constitucional, e a história constitucional de qualquer país do mundo!”. O Ministro Marco Aurélio acrescentou que isso é inquisição.

Assim, a prisão para obter a colaboração torna-se ilegal, pois ausentes o fundamento para manutenção da prisão. Não pode a acusação, nem o juiz, amparar-se em fundamentos abstratos, sem provas concretas, prender para obterem informações, ou invocando anseios da sociedade, ante e impunidade frente a esses crimes, que de fato precisam ser combatidos, mas não se pode esquecer da lei, do devido processo legal.

Sob esta ótica, o Ministro Nefi Cordeiro, em votação do HC 509.030⁶⁰, que decidia sobre a prisão preventiva do ex-Presidente da República Michel Temer, destacou que não se pode prender pela gravidade abstrata do crime, pela revolta dos fatos, ou porque o acusado é “estrangeiro, rico ou influente. Não se pode prender como resposta a desejos sociais de justiça instantânea”.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC n. 509030**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. DJe: Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901287822&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

Assim, por mais que um crime seja grave, o clamor popular não poderá ser levado em conta na hora da prisão. Tanto o juiz, quando os membros do Ministério Público têm que ser imparciais e agirem em estrita observância da lei e buscarem obtenção de informações e provas nos seus meios legais, ainda que os crimes sejam de elevada complexidade, como são os casos das grandes operações contra organizações criminosas, que envolvem crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, contra o sistema financeiro, dentre outros.

3.4 A prisão preventiva e a colaboração premiada

Conforme exposto em capítulo anterior, a prisão preventiva é medida cautelar, que tem como objetivo assegurar o resultado útil da investigação e do processo. Como é uma medida cautelar extrema, deve ser utilizada em último caso, excepcionalmente.

Destarte, deve ser utilizada como última medida, pois é necessário que haja uma análise prévia da viabilidade de empregar outras medidas cautelares, como as previstas no art. 319, CPP (a exemplo, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, dentre outras).

Como serve para justificar a proteção da persecução penal, deve estar fundamentada nos requisitos elencados no art. 312 do CPP, que são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Além desses requisitos, a decisão deve ser fundamentada em fatos concretos e atuais (não podendo se basear na gravidade abstrata do delito e em suposições sobre o que poderia acontecer) que demonstrem o perigo de voltar a delinquir e/ou interferir no resultado da persecução penal, sendo suficiente e idônea.

Deste modo, pela leitura do dispositivo do art. 312 do CPP, conclui-se que não constitui fundamento autorizador de prisão preventiva a sua utilização como meio para alcançar a colaboração premiada, nem tampouco isso se caracteriza um dos fundamentos citados acima. E se houver uma prisão com este tipo de fundamento, essa se revela ilegal. Nesse sentido, Suxberger entende que:

Como se vê, teoricamente, não há — nem deve haver — relação de causa e efeito entre prisão e colaboração. Se a prisão preventiva é decretada unicamente com o intuito de provocar a colaboração do acusado, ela é ilegal, pois a sua finalidade foi destorcida e manipulada de forma indevida. Nessa hipótese, há vulneração do requisito da voluntariedade, em virtude da ocorrência de coação do acusado, o que deve ensejar a nulidade do acordo e, conseqüentemente, dos elementos dele derivados.⁶¹

Cumprindo a prisão preventiva todos os requisitos, em plena legalidade, não há falar em coação, segundo o art. 153 do Código Civil, como assim citou Suxberger, pois a coação precisa de um ato ilícito anterior.

Se não há coação, nem ilegalidade, pode colaborar, desde que respeitada a voluntariedade do investigado/delator. E sobre isso, a Lei n. 12.850/2013 trouxe mecanismos para coibir abusos das autoridades na quebra desse requisito, quem importam na obrigatoriedade da presença do advogado/defensor do colaborador em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, conforme determina o § 15 do art. 4º da Lei de organizações criminosas.

Outra solução que a Lei trouxe foi a oitiva do colaborador pelo juiz, na presença de seu defensor, com a finalidade de verificar a voluntariedade, regularidade e legalidade do acordo, conforme o art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013, bem como o registro dos atos da colaboração pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, para obter a fidelidade das informações.

Portanto, segundo Suxberger, a proibição da colaboração premiada estando preso preventivamente, poderia inverter a intenção de proteger o investigado, ante a diminuição de uma das suas formas de defesa, pois “o réu preso cautelarmente é, assim,

⁶¹ SUXBERGER, Antonio H G; MELLO, Gabriela S J V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 3. N. 1. P. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3il.40> Acesso em: 20 de abril de 2019.

um dos maiores interessados na colaboração, não pela coação exercida pela prisão, mas pelo forte receio do resultado final da persecução penal”. Acrescentou que:

Contudo, ao se transferir a crítica para os operadores do instituto, entra-se em uma zona obscura, em que não há certeza jurídica. Desconfia-se da idoneidade moral dos agentes estatais, mas não é possível controlar o pensamento de cada um dos envolvidos no acordo. Suspeita-se que medidas ilegais estão sendo tomadas, mas dificilmente elas serão comprovadas. A crítica que ora se apresenta pressupõe uma falência ética do Poder Judiciário. É como se não houvesse instância de controle que fosse confiável o suficiente para impedir que o réu sofra algum tipo de constrangimento indevido.

Desse modo, se a colaboração obtida for ilegal, ela deve ser anulada, seja pela ausência de voluntariedade, seja pela coação (a exemplo, tomada após uma prisão preventiva ilegal).

Comprovando-se a ilegalidade do acordo de colaboração premiada, vale ressaltar que as provas obtidas a partir da ilicitude deste meio de prova devem ser desconsideradas, pela leitura do art. 157, *caput* e §1º, do CPP, com a ressalva de quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente. As provas ilícitas, por oportuno, bem como suas derivadas, devem ser desentranhadas do processo.

Importante ressaltar, por fim, que ao juiz cabe a solução de conflitos, de forma imparcial, aplicando as leis; enquanto ao Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, nesses casos, cabe ao juiz a observância do procedimento exposto na Lei n. 12.850/2013, que não poderá participar das negociações realizadas entre as partes, mas cabe a ele verificar os pressupostos legais do acordo e, caso presentes, homologá-lo. Ao Ministério Público, cabe a promoção da ação penal pública de acordo com a regra exposta no Código de Processo Penal e com a legislação penal vigente. Ambas as funções, de acordo com o cumprimento da lei, devem observar também os princípios fundamentais consagrados pela legislação pátria, como a presunção de inocência, garantia do contraditório e da ampla defesa, dignidade de pessoa humana, dentre outros.

CONCLUSÃO

A colaboração premiada vem sendo utilizada no Brasil, sobretudo após a operação lava-jato, tendo em vista os grandes esquemas de organizações criminosas e consequentemente a dificuldade em se obter provas se não por quem esteja dentro de tais esquemas, surgindo aí a figura do colaborador.

Assim, o enfoque deste trabalho foi responder o questionamento sobre em que medida as prisões preventivas interferem na voluntariedade do colaborador, ou seja, se as prisões preventivas quebram a voluntariedade e, por isso, deveria o juiz deixar de homologar tal acordo.

Foram traçados alguns pontos pelos quais se sustentaram a linha de pesquisa metodológica, quais sejam: a diferenciação da voluntariedade e da espontaneidade, apontado por alguns autores como um dos pontos da impossibilidade de se colaborar estando preso; a semelhança do *status* com o modelo inquisitório, em que o juiz compunha as funções de acusar e julgar, podendo ser utilizados todos os tipos de meios de prova para o alcance da verdade dos fatos, inclusive a tortura para obter a confissão; o estudo de caso da prisão preventiva de Antonio Palocci; a existência de parâmetros na Lei 12.850/2013 que coíbe a quebra da voluntariedade do colaborador.

Dito isso, concluiu-se primeiramente que a voluntariedade e espontaneidade possuem conceitos distintos e que a Lei n. 12.850/2013 previu em seus dispositivos o termo voluntariedade. Logo, não há necessidade que a colaboração seja espontânea, ou seja, podendo vir de terceiros como o Ministério Público, seu defensor/advogado ou até mesmo o delegado de polícia responsável pela investigação.

Ademais, quanto ao segundo ponto, nota-se que a colaboração obtida de uma pessoa com sua liberdade cerceada remete ao modelo inquisitório do processo penal. Isso porque, à luz do pensamento garantista de Luiz Ferrajoli e da teoria dos jogos, a prisão é um mecanismo que interfere no psicológico de quem está com a liberdade cerceada, pois se vê obrigado a colaborar com a justiça, fornecendo ao Estado informações sobre o que sabe (confessando, entregando terceiros) em troca da sua liberdade.

Porém, denota-se que a ilegalidade do instituto da prisão preventiva, quando ausentes os requisitos autorizadores para a medida extrema, além de outros requisitos,

como a fundamentação do juiz em fatos atuais e concretos, é que se configura a ideia de coação, por aplicação do conceito legal explícito no art. 153 do Código Civil.

No contrário, se presentes todos os requisitos, a prisão preventiva está amparada de legalidade, segundo o Código de Processo Civil e a jurisprudência, não há falar de coação. E se não há coação, não há proibição legal para colaborar, desde que se preserve sempre a voluntariedade do agente colaborador com mecanismos expostos pela própria Lei n. 12.850/2013, como a presença de seu advogado ou defensor em todos os atos do acordo, a oitiva do juiz para verificar a legalidade, voluntariedade e regularidade do acordo, bem como a utilização de recursos eletrônicos previstos na lei em tela.

Em caso de haver qualquer ilegalidade, seja pela violação da voluntariedade do colaborador ante a coação, seja pela própria prisão preventiva, que não pode ter como fundamento a aquisição de informações diante da colaboração premiada (pois assim estaria diante do retorno ao modelo inquisitório), o meio de prova estará viciado.

Se há ilegalidade na obtenção de prova (colaboração premiada), importa ressaltar que qualquer prova obtida a partir dela estará contaminada, de acordo com a teoria da árvore dos frutos envenenados, aplicação do art. 157 e seu §1º do Código de Processo Penal, de forma de devem ser retiradas do processo.

Além disso, o juiz, ao aplicar a prisão preventiva, deve observar também outros requisitos além daqueles expostos no Código de Processo Penal, como embasamento em fatos atuais e concretos, e impondo a medida sempre em tempo razoável que faça cessar o perigo da liberdade. Não pode prender alguém durante o processo pelas condições pessoais do réu/investigado, nem pelo clamor social, nem para obter informações diante de uma colaboração premiada, motivos que não se configuram como fundamentos adotados pela lei.

Dessa maneira, a utilização do fundamento de obter a colaboração premiada para prender preventivamente um réu não se configura fundamentação idônea para a cautela máxima e se alguma prisão tiver esse fundamento, será considerado ilegal, pois estaria retornando ao modelo inquisitório, há muito superado pelo modelo acusatório, incorporado pelo Código de Processo Penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.html. Acesso em: 12 de março de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.html. Acesso em: 12 de março de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.html. Acesso em: 18 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI n. 5508/DF**. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Julgado em 04/12/2017, publicado em processo eletrônico DJe-283. Divulgado em: 07/12/2017, Publicado em: 11/12/2017.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 143333/PR**. Relator(a): Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2018, publicado em processo eletrônico DJe-055. Divulgado em: 20/03/2019, publicado em: 21/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 162154**. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe: 08/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756468>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC n. 509030**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. DJe: Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901287822&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 109463**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. DJe: 21/05/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900712031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BOMFIM, Camila. **TRF-4 homologa delação do ex-ministro Antonio Palocci à Polícia Federal**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/trf4-homologa-delacao-de-palocci.ghtml>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa (Org). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013**. - São Paulo: Atlas, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

SUXBERGER, Antonio H G; MELLO, Gabriela S J V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 3. N. 1. P. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3il.40>. Acesso em: 20 de abril de 2019.

TAVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

REABILITAÇÃO PENAL E O DIREITO PENAL DE REGISTRO: A CERTIDÃO NEGATIVA CRIMINAL COMO EMPECILHO PARA A RECOLOCAÇÃO DO EGRESSO PENAL NO MERCADO DE TRABALHO

Stella Paiva Trindade

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de analisar a Reabilitação Criminal como uma das funções da pena e discutir se o objetivo ressocializador tem sido alcançado por meio das políticas criminais atuais. Analisa-se se o direito de registro do egresso penal tem sido respeitado e se o requerimento da certidão negativa criminal tem se mostrado empecilho para a recolocação do ex-detento, agora egresso, no mercado de trabalho. Para tanto, são analisados julgados do Tribunal Superior do Trabalho, que antes tinha o posicionamento de que o requerimento pelo empregador da certidão negativa criminal na fase pré-contratual não constituía prática discriminatória, visto que, era direito do patrono ter acesso a informações sobre a pessoa a quem se estaria contratando. No entanto, após ampla discussão, o Tribunal Superior do Trabalho passou a entender que a exigência da certidão “Nada Consta Criminal” só seria justificada por expressa previsão legal ou pela natureza do cargo que será exercido pelo empregado, prescrevendo teses as quais justificariam solicitação do registro criminal do concorrente a vaga de emprego. Noutro ponto, são trazidas as políticas criminais que estão sendo adotadas pelo Poder Público para reinserir o egresso do sistema penitenciário no mercado de trabalho.

Palavras-chave: Reabilitação Criminal, direito de registro, função da pena, ressocialização, reinserção, políticas criminais, certidão de antecedentes criminais.

Abstract: The purpose of this article is to analyze Criminal Rehabilitation as one of the functions of the sentence and to discuss whether the resocializing objective has been reached through current criminal policies. It is analyzed if the right of registration of the criminal egress has been respected and if the application of the negative criminal certificate has been shown an obstacle to the replacement of the former detainee in the labor market. Therefore, are analyzed judgments of the Superior Labor Court,, which previously had the position that the application by the employer of the negative criminal certificate in the pre-contractual phase did not constitute a discriminatory practice, since it was the right of the employer to have access to information about the person whom he would be hiring. However, after extensive discussion, the Superior Labor Court came to understand that the requirement of the "Nothing is Criminal" certificate would only be justified by express legal provision or by the nature of the position that will be exercised by the employee, prescribing theses which would justify requesting the criminal record of the competitor to job vacancy. At another point, there are the criminal policies that are being adopted by the Public Power to reinsert the egress of the penitentiary system in the labor market.

Keywords: Criminal rehabilitation, registration right, penalty function, resocialization, reinsertion, criminal policies, certificate of criminal record.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a questão da Reabilitação Criminal e o chamado direito penal de registro, demonstrando se a exigência da certidão de antecedentes criminais, na fase pré-contratual, tem se mostrado ou não como um empecilho para a recolocação do egresso penal no mercado de trabalho.

Para tanto, no primeiro capítulo do presente trabalho serão apresentadas a evolução e as atuais funções da pena na sociedade moderna, a qual possui atribuição não somente de punir o delinquente (retribuição e sanção), mas, também, de recolocar este indivíduo de volta ao convívio social, tendo por principal finalidade a ressocialização e reinserção do egresso penal no convívio com a comunidade. Em segundo momento é apresentada a adoção do sistema progressivo para cumprimento de pena e o trabalho, dentro e fora do estabelecimento prisional, como meio de comunicação entre o delinquente e a sociedade.

O segundo capítulo apresentará o conceito de Reabilitação Criminal, suas funções, finalidades e processamento, conforme previsão na Lei de Execução Penal, do Código Penal e do Código de Processo Penal. O instituto da Reabilitação Criminal é o processo por meio do qual o egresso tem confirmada a sua reabilitação para exercer os direitos atingidos pela sentença condenatória, decisão essa que é tomada pelo juiz criminal do processo de conhecimento e confirmada pelo Tribunal de segunda instância, através do Recurso de Ofício.

Nesse capítulo também é apresentada a quantidade de acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que tratam sobre a Reabilitação Criminal, e, também, é analisado acórdão em que mesmo o egresso penal fundamentando o seu pedido de reabilitação, por meio de todas as certidões exigidas pela Lei, recebe a negativa de seu requerimento.

No terceiro capítulo será tratada a problemática quanto a exigência da certidão negativa de antecedentes criminais na esfera trabalhista e o direito ao esquecimento criminal. A Constituição Federal de 1988 e as Normas Penais (Código Penal e Lei de Execução Penal) trazem em seu texto o tratamento isonômico para todos os indivíduos, não sendo admitida qualquer forma de discriminação.

O artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e, caso haja violação desses direitos, cabível indenização por dano material e moral.¹

Diante do direito de imagem, intimidade e vida privada, nasce a discussão sobre o direito do egresso do sistema carcerário em não ter seus registros criminais expostos em certidão de “Nada Consta Criminal” e se a requisição deste documento seria direito à informação do empregador ou uma prática de discriminação para eliminar tais indivíduos da concorrência de uma vaga de emprego.

A Lei de Execução Penal determina, em seu artigo 202, que, “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”²,

Com base na norma citada, o direito de não ter seu registro criminal divulgado deveria ser um efeito automático. No entanto, o que se observa é que muitos egressos estão tendo que recorrer ao judiciário para ver seu direito de registro negativo garantido e para poder, com isso, tomar posse em cargos públicos ou ter acesso a emprego, pois, em alguns cargos a certidão de antecedentes criminais é imprescindível para se tomar posse.³

Com isso, a certidão criminal tem se mostrado empecilho e causador de segregação na seara trabalhista, o que provoca uma séria violação do direito de ressocialização e reinserção do egresso do sistema prisional no convívio com a sociedade.

O Tribunal Superior do Trabalho já possuiu entendimento de que a requisição da certidão negativa de antecedentes não violaria o direito de imagem e honra do egresso penal, porquanto, seria um direito do empregador ter informações sobre as pessoas as

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art, 5º, inciso X. Direito à intimidade e à vida privada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 fev 2019.

²BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 52714/SP. Quinta Turma do STJ. 10 de março de 2017. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443268234/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-52714-sp-2016-0325861-5/inteiro-teor-443268244>>. Acesso em 25 de dezembro de 2018.

quais ele estaria empregando e porque essas certidões eram disponibilizadas em sítios eletrônicos de órgãos vinculados ao Judiciário.⁴

No entanto, diante do panorama da quantidade de desempregados egressos penais e dos números alarmantes de reincidência, o Tribunal Superior do Trabalho mudou seu entendimento sobre a exigência da certidão negativa criminal na fase pré-contratual, tratando essa prática como uma forma de discriminação, entendendo que basta a requisição da certidão negativa para gerar dano moral, na medida em que demonstra uma desconfiança do empregador nos possíveis empregados.⁵

Logo, o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é que a exigência da certidão de antecedentes criminais somente será justificada por expressa previsão legal ou pela natureza do cargo que será exercido pelo empregado.

No quarto e último capítulo são trazidos os programas que o Poder Público tem implementado para fornecer ao egresso penal acesso ao mercado de trabalho. Visando alcançar a ressocialização do egresso penal, o Conselho Nacional de Justiça lança, em 2010, o programa Começar de Novo, o qual tem a finalidade de sensibilizar os órgãos públicos e empresas privadas para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário.⁶

Recentemente foi lançada a Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional, através do Decreto n.º 9.450/2018, a qual é voltado à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, políticas essas a que são fiscalizadas pelo Ministério Público do Trabalho.⁷

⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Informativo n.º 93 – Dano Moral. Não configuração. Apresentação de certidão de antecedentes criminais. Condição para admissão no emprego. TST-E-RR-119000-34.2013.5.13.0007, SBDII, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. p/ acórdão Min. Renato de Lacerda Paiva, 23.10.2014. Disponível em:

<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=119000&digitoTst=34&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0007>.

Acesso em 18 de abril de 2019.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Recurso Repetitivo n. 243000-58.2013.5.13.0023, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1/TST, Brasília, DF, 20 de abril de 2017. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24287126. Acesso em 08 de fevereiro de 2019.

⁶ BRASIL. **Começar de Novo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 05 fev 2019.

⁷ BRASIL. Decreto n.º 9.450, de julho de 2018. Regula a Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional (Pnat). Disponível em:

Esse decreto regulamenta o §5º do artigo 40 da Lei 8.666/1993, regulamenta o disposto no inciso XXI, *caput*, do artigo 37 da Constituição Federal e institui normas para licitação e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal.

O propósito deste trabalho é estudar se o egresso penal tem encontrado dificuldades para se reintegrar à sociedade através dos mecanismos propostos pelas normas que orientam o direito penal brasileiro. Questionar se a reabilitação criminal tem alcançado seu objetivo de confirmação da ressocialização e reinserção do egresso, trazendo uma de suas principais funções, qual seja, o direito de sigilo de registro criminal.

Questiona-se, também, se a exigência da certidão de antecedentes criminais mostra-se como obstáculo para o acesso ao mercado de trabalho a esses indivíduos e quais as medidas que o Poder Público tem tomado para fornecer ao egresso penal o acesso ao mercado de trabalho.

1 FINALIDADE E FUNÇÃO DA PENA

Originariamente, a finalidade e natureza da pena possuem três principais correntes, são elas: as teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas); teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas) e teorias mistas, também conhecidas como ecléticas⁸.

As teorias absolutas têm por característica dar à pena a natureza retributiva. Partia-se do pressuposto de que o delinquente deveria receber um castigo como consequência do cometimento do ilícito penal. A denominação absoluta deriva do fato de a pena ter um fim em si mesmo, servindo, principalmente, para reafirmar a cogência das normas penais do Estado.

Eugênio Raúl Zaffaroni ensina que: “São chamadas teorias absolutas as que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores”.⁹ A principal crítica a esta teoria é de que ela

www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/34027085/do1-2018-07-25-decreto-n-9-450-de-24-de-julho-de-2018-34027061>. Acesso em 05 fev 2019.

⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. FABRINI, Renato N. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. 30ª Ed. Revisa Atualizada. São Paulo. Atlas. 2013. p. 230.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. p. 114

não observa a pessoa do condenado, e ao não fazer isso, acaba por não reabilitar o indivíduo para que possa agir de forma adequada no convívio com a sociedade.

Já as teorias relativas, as quais foram desenvolvidas em oposição às teorias absolutas, têm por finalidade a prevenção antes da retribuição, ou seja, a pena deixa de ter justificativa balizada no fato passado e passa a ser idealizado como meio para o alcance de fins futuros e a estar legitimada pela sua necessidade, qual seja, a prevenção de delitos.¹⁰

A pena é aplicada com o propósito maior de prevenir a ocorrência de novos crimes. Essa prevenção pode ter caráter geral, quando é dirigida a sociedade e, específica quando destinada ao condenado. Ambos os caracteres podem ter cunho positivo e negativo. No aspecto geral positivo, a pena tem por fim educar a sociedade, afirma-se que determinadas condutas são desfavoráveis e que estes comportamentos devem ser evitados. No aspecto geral negativo busca-se que a sociedade evite a prática do crime.¹¹

Com o aspecto específico positivo, almeja-se a ressocialização do condenado, por fim, no aspecto específico negativo busca-se que o condenado não mais cometa ilícitos. A principal crítica a esta teoria é de que o objetivo ressocializador do condenado dificilmente será alcançado com a aplicação de pena privativa de liberdade.

As teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias relativas da prevenção geral e da prevenção especial: na prevenção geral a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado.¹²

A teoria mista, eclética ou unificadora busca reunir em apenas um conceito os fins da pena. Essa teoria entende que a pena, por sua natureza, é retributiva, possuindo

¹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p 142.

¹¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p 142.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. p. 114 .

seu aspecto moral, contudo, a sua finalidade não é apenas de prevenção, mas, também é constituída de educação e correção.¹³

Contemporaneamente, avista-se na pena a prevenção geral positiva, também chamada de integração, a qual consiste no reforço da confiança da comunidade na guarda dos bens jurídicos, o que propicia ao delinquente oportunidade de ressocialização, preservando a dignidade da pessoa humana e abandonando a ideia de que o condenado deve ser visto como exemplo para os demais. Nesse sentido, é imperioso que se fixe a pena pela necessidade de ressocialização, atendendo-se ao grau de culpabilidade.¹⁴

Com a evolução das Teorias da Finalidade e Função da Pena, passa-se a pensar, também, quais as penalidades e proporções com que essas devem ser aplicadas ao indivíduo que contraria as normas morais e legais do Estado.

A prisão como pena surge em meados do século XVII, quando a Europa se vê mergulhada em uma grande pobreza e não há como punir todos os mendigos, ociosos e delinquentes com penas corporais. Nasce neste cenário as chamadas *workhouses* ou *rasphuis*, ou seja, casas de trabalho não livre.¹⁵

Segundo escreve Cesar Roberto Bitencourt:

(...)prisão como pena surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não a reforma ou a reabilitação do delinquente, mas na sua submissão ao regime dominante (capitalismo).¹⁶

Já no século XIX a pena de privação da liberdade se converteu na principal solução penológica. Supôs-se que a pena de prisão seria o meio mais adequado para atingir a reforma do delinquente. No entanto, o encarceramento mostrou-se ineficaz para

¹³ MIRABETE, Julio Fabrini. FABRINI, Renato N. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. 30ª Ed. Revisa Atualizada. São Paulo. Atlas. 2013. p 231

¹⁴ MONTEIRO, Flávio Augusto de Barros. **Direito Penal, Parte Geral 1**. 9ª Ed. São Paulo. 2011. p. 448.

¹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p. 587

¹⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p. 586.

a reabilitação e ressocialização do indivíduo, visto que a privação de liberdade reforça os valores negativos do condenado.¹⁷

Diante desse panorama, propõe-se que as penas privativas de liberdade fossem aplicadas às condenações de longa duração e àqueles criminosos efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Começa-se a adotar o conceito de pena necessária. Há a busca por restringir a pena de prisão a circunstâncias de reconhecida necessidade.

O principal argumento para justificar a ineficácia da pena privativa de liberdade é a de que o ambiente carcerário/penitenciário é um espaço que não dispõe de recursos necessários para realizar nenhum trabalho reabilitador com preso. Ou seja, a maioria das prisões não possuem condições materiais/físicas e humanas para alcançar o objetivo reabilitador, existem deficiências nas condições penitenciárias.

Com a insatisfação dos rumos que a pena de prisão estava tomando, não alcançando a finalidade de reabilitar e ressocializar o condenado, surgem meios alternativos como sanções, entre eles estão: a multa, a suspensão condicional, o livramento condicional, o arresto de fim de semana, o trabalho em proveito da comunidade, a proibição do exercício de certos direitos, a transação penal e a suspensão do processo.¹⁸

1.1 REGIME PROGRESSIVO PARA CUMPRIMENTO DE PENA

O Estado busca alcançar, com a aplicação da sanção penal, não só a retribuição do delito, mas também a recolocação desse indivíduo na sociedade e a prevenção da sociedade para que não venha a cometer crimes.

A pena, no Estado Social, não possui mais a função de castigo e consequência, apenas, mas tem o intuito de reeducação, reinserção social e ressocialização do apenado. Ou seja, a pena também tem como finalidade reabilitar os egressos do sistema penal para o bom convívio com a sociedade, garantindo a esses direitos e tratamentos isonômicos como os oferecidos aos demais cidadãos.

¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p. 594.

¹⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p. 598.

Num Estado ‘social’, o sistema não deve se conformar com a afliatividade das penas, nem com o efeito dissuasório preventivo de uma engrenagem legal em perfeito estado de funcionamento: o castigo deve ser útil, também, para o próprio infrator. Não há castigo pior que o castigo inútil, nem atitude mais reprovável que a daqueles que, em nome de alguns dogmas ou ficções pseudolegimadoras, preferem ignorar os efeitos reais da pena.¹⁹

Dessa forma, o egresso possui o direito de ser reinserido na sociedade e de receber tratamento igualitário em todas as esferas da sociedade, devendo ter acesso livre ao mercado de trabalho, educação, saúde. “A ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade.”²⁰

(...)vemos que a ressocialização, em sua essência, supõe um processo de interação e de comunicação entre o indivíduo e a sociedade, que não pode ser determinado unilateralmente nem pelo indivíduo e nem pela sociedade. O indivíduo não pode determinar unilateralmente um processo complexo de interação social, pois, pela própria natureza de seus condicionamentos sociais, é obrigado à troca e à cominação, quer dizer, a conviver com seus semelhantes.²¹

Perante a sociedade moderna e em obediência ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena e da Dignidade da Pessoa Humana, nasce o sistema progressivo para cumprimento da pena, o qual tem por essência partilhar o tempo da pena condenatória em períodos, ampliando em cada período os direitos que o condenado pode usufruir conforme sua conduta e o tempo de cumprimento da reprimenda.

O legislador brasileiro adotou o sistema progressivo irlandês que é composto pelas seguintes fases: a) Reclusão celular diurna e noturna; b) Reclusão celular noturna e trabalho diurno e comum; c) Período intermediário e, d) Liberdade condicional.²²

¹⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – introdução aos seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 392.

²⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p 162.

²¹ MUÑOZ CONDE, 1979 apud. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34.(tradução: Eliana Granja)

²² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. p 587.

O §2^{oa} do artigo 33 do Código Penal (CP) estabelece que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de maneira progressiva, conforme o mérito do acusado. A progressão será determinada conforme o tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) e o comportamento do condenado (critério subjetivo).²³

A Lei de Execução Penal (LEP) confirma o regime progressivo em seu artigo 112 prevendo que “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

O regime progressivo para o cumprimento da pena é adotado como forma de política criminal, a qual tem a função de dar ao delinquente a esperança e o estímulo de um dia voltar ao convívio com a sociedade e ser considerado reabilitado.²⁴

Cabe ressaltar, que o preso continua sendo sujeito de direitos, mesmo estando cumprindo sanção penal. Segundo a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 38, “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.²⁵

A norma de execuções penais enumera os direitos dos presos em seu artigo 41, entre eles podemos citar: II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena.²⁶

O trabalho é visto como meio de contato do condenado com o mundo exterior, o que permite que este mantenha um convívio social. O trabalho é estabelecido pela Lei de Execução Penal como dever social e condição de dignidade humana, tendo por finalidade a educação e a produção, conforme previsão do artigo 28 da LEP.

²³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 05 fev 2019.

²⁴ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 16º Ed. Rio de Janeiro. 2014. p. 505.

²⁵ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal, art. 38**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

²⁶ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal, art. 41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

De acordo com os ensinamentos de Cesar Roberto Bitencourt, “o acesso ao trabalho é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão.”²⁷ O trabalho é um direito-dever do apenado, que deve ser sempre aplicado de forma remunerado, com jornada não inferior a seis horas e nem superior a oito horas diárias, conforme previsão da norma de execução penal (artigo 39 da LEP).

1.2 TRABALHO PRISIONAL

Cabe destacar que o trabalho é obrigatório ao preso, sendo remunerado e com as garantias dos benefícios da Previdência Social, conforme art. 39 da Lei de Execução Penal.²⁸ Por outro lado, o trabalho também é utilizado como meio de remissão da pena, possibilitando ao condenado em regime fechado ou semiaberto remir parte da pena aplicada, conforme disposição do artigo 126 da LEP, o qual dispõe que pode o condenado remir um dia de pena por três dias de trabalho.

O trabalho aplicado ainda no cumprimento da pena é necessário e, meio através do qual pode-se chegar à ressocialização, pois mostra-se como um mecanismo para que o condenado tenha contato com pessoas fora do seu convívio carcerário, colocando o preso em contato com o mundo exterior, o que permite a este o sentimento de pertencimento a comunidade.

A Lei de Execução Penal dispõe que, quando o preso estiver cumprindo a pena em regime fechado, o trabalho deve ser empregado dentro do estabelecimento prisional, conforme as habilidades ou ocupações exercidas anteriormente pelo condenado, se tais atividades forem compatíveis com o cumprimento da pena, também é admissível o trabalho externo em serviços e obras pública (art. 34, §3º, da LEP), desde que o réu já tenha cumprido no mínimo um sexto da pena.

Quanto ao trabalho aplicado no regime semiaberto, o trabalho é realizado em colônia agrícola, industrial ou similar. No regime semiaberto, é admitido o trabalho

²⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. 637.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. Fabrini, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30ª Ed. Atlas 2013. p. 250.

externo, assim como a frequência em cursos supletivos, profissionalizantes, de instrução de segundo grau e superior, conforme texto do artigo 35 da Lei de Execução Penal.

Dessa forma, pode-se concluir que o trabalho é instrumento hábil e necessário para colocar o apenado em condições de convívio com a sociedade. Cursos de capacitação e acesso ao trabalho mostram-se como meios eficazes para a ressocialização do condenado, provocando neste indivíduo um sentimento de pertencimento à sociedade em que vive.

REABILITAÇÃO CRIMINAL

O Instituto da Reabilitação Criminal era considerado pela norma anterior (Lei 6.478/78) como causa de extinção da punibilidade²⁹. No entanto, devido aos seus aspectos particulares, o legislador passou a tratá-la como instituto autônomo, o qual está disposto no Capítulo VII do Código Penal.

A Reabilitação tem por finalidade garantir o sigilo de condenações e suspender os efeitos secundários da condenação. Além de permitir ao egresso penal a reintegração e a participação deste na sociedade sem que outros indivíduos tenham ciência dos registros criminais pertencentes ao egresso.³⁰

Ou seja, a reabilitação possui as seguintes consequências: suspender, condicionalmente, os efeitos expressos no artigo 93 do Código Penal, assegurar o sigilo dos registros acerca do processo e condenação, e sustar os efeitos do artigo 92 do Código Penal, vedada, no entanto, a reintegração nas situações dispostas nos incisos I e II.³¹

Cezar Roberto Bitencourt afirma que “a reabilitação é medida de política criminal que tem por objetivo restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade”.³² Tal instituto pode ser visto como meio que auxilia o condenado, após o cumprimento e extinção da pena, a recuperar a reputação moral perante

²⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. Fabrini, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30ª Ed. Atlas 2013. p. 350

³⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal. Caderno Especial: Resumo de toda a Matéria**. 4ª Ed. Saraiva 2008. p. 132.

³¹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal. Caderno Especial: Resumo de toda a Matéria**. 4ª Ed. Saraiva 2008. p. 353.

³² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. 853

à comunidade. Em contrapartida, existem autores que consideram a reabilitação como instituto de benefício mínimo para o egresso penal.

Guilherme de Souza Nucci entende que a reabilitação possui utilidade mínima, pois o único efeito da condenação passível de recuperação, através do deferimento de reabilitação, é o previsto no artigo 92, III do Código Penal, que trata sobre a inabilitação para dirigir veículo, quando for utilizado como meio para prática de crime doloso.³³

Já para Damásio de Jesus, a reabilitação é a “reintegração do condenado no exercício de direitos atingidos pela sentença”³⁴:

(...) a reabilitação consiste em conceder-se ao condenado certidões dos livros do juízo ou folha de antecedentes sem, menção da condenação, a fim de facilitar a sua readaptação, sabido que tais documentos são exigidos para toda uma gama de atividades econômicas (concorrências públicas, registro de contratos sociais, etc.) profissionais (inscrição em órgãos de classe, obtenção de carteiras de identidade) e, também para inscrições em cursos universitários e concursos públicos e subsequentes investidas nos cargos.³⁵

O pedido de reabilitação só pode ser realizado pelo egresso do sistema penal depois de decorridos o prazo de dois anos de extinção da pena a que tenha sido condenado, conforme texto do artigo 94 do Código Penal, o qual, também, elenca os requisitos para que haja o deferimento desse pedido.

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos dos anos do dia em que for extinta, de qualquer modo a pena ou terminar sua execução computando-se o período de prova da suspensão e do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I – Tenha tido domicílio no País no prazo referido;

II – Tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. p. 915.

³⁴ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**. 35ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2014. p. 701.

³⁵ LOPES, Jair Leonardo. **Reabilitação e o Sistema de Penas no Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, 2010. p. 154.

III – Tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Os pressupostos para processamento e deferimento da reabilitação criminal, previstos no artigo citado acima, são demonstrados através de documentos e certidões enumerados no artigo 744 do Código de Processo Penal, quais sejam:

Art. 744. O requerimento será instruído com:

- I - certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a processo penal, em qualquer das comarcas em que houver residido durante o prazo a que se refere o artigo anterior;
- II - atestados de autoridades policiais ou outros documentos que comprovem ter residido nas comarcas indicadas e mantido, efetivamente, bom comportamento;
- III - atestados de bom comportamento fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado;
- IV - quaisquer outros documentos que sirvam como prova de sua regeneração;
- V - prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou persistir a impossibilidade de fazê-lo.

O juízo competente para o julgamento e processamento do pedido de reabilitação é o juiz responsável pela condenação, ou seja, o juízo de conhecimento, visto que, a reabilitação não é matéria de cumprimento de pena, conforme previsão do artigo 743 do Código de Processo Penal (CPP). Podendo este deferir a reabilitação, quando caberá o Recurso de Ofício, ou seja, duplo grau de jurisdição, conforme artigo 746 do CPP, ou indeferimento, cabendo, neste caso, o recurso de apelação.

Uma das funções da reabilitação é garantir o sigilo dos registros. No entanto, alguns autores sustentam que tal efeito é automático, não sendo necessário ingressar com pedido de reabilitação para esta finalidade, pois a Lei de Execução Penal dispõe em seu artigo 202 que “Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.”.

O órgão que congrega os dados referentes à vida pregressa criminal das pessoas de ser cientificado das decisões tomadas pelo Poder Judiciário,

justamente para inserir na folha de antecedentes (art. 747, CPP). Assim, toda vez que a pena é cumprida e julgada extinta, o cartório das execuções criminais faz comunicação. Da mesma forma, se houver reabilitação, é preciso constar da folha de antecedentes, especialmente para que fique demonstrado, quando dela se tiver notícia, ter o condenado conseguido uma decisão jurisdicional, declarando-o reinserido à sociedade (...). Vale ressaltar que não há razão para ingressar com pedido de reabilitação se a finalidade for garantir o sigilo da folha de antecedentes para fins civis (...).³⁶

Com tudo, o direito previsto no artigo 202 da Lei de Execuções Penais é constantemente infringido, uma vez que, por mais que a norma preveja de forma automática o direito ao sigilo dos registros, essa determinação não é cumprida pelos órgãos jurisdicionais e órgãos responsáveis por fornecer tal certidão.

Com isso, o egresso do sistema carcerário se vê obrigado a procurar o judiciário para ver seu direito ao sigilo de registro resguardado, pois a certidão positiva criminal tem se mostrado um empecilho para a recolocação deste egresso no mercado de trabalho e concorrência a cargos públicos, conforme pode-se observar no julgamento do Recurso em Manda de Segurança nº 52.714/SP, do Superior Tribunal de Justiça:

REABILITAÇÃO. INFORMAÇÕES DE ACESSO RESTRITO POR MEIO DE REQUERIMENTO, FUNDAMENTADO, DE JUIZ CRIMINAL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE "NADA CONSTA" PARA O FIM DE POSSE EM CONCURSO PÚBLICO DE VIGIA. SIGILO ASSEGURADO PELO ART. 202 DA LEI N.º 7.210/84. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (RMS 52.714/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ. QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)³⁷

Por mais que a norma de Execução Penal preveja de forma automática o sigilo dos antecedentes criminais, dos egressos do sistema penal, após o cumprimento e extinção da pena, a realidade mostra-se diferente, pois esses indivíduos são tratados de forma desigual, principalmente quando tentam uma recolocação no mercado de trabalho.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. p. 917.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 52714/SP**. Quinta Turma do STJ. 10 de março de 2017. Brasília.

Para que haja uma real reintegração do indivíduo ao convívio com a sociedade é necessário que o Estado garanta ao egresso tratamento igualitário para disputa de vagas de trabalho, bem como concorrência em concursos públicos.

No entanto, contrariando a legislação penal, não há um efetivo sigilo dos antecedentes criminais e processuais do egresso do sistema penal. A Certidão de Antecedentes Criminais é disponibilizada, em alguns estados da federação, nos sistemas dos Tribunais de Justiça ou nos sistemas da polícia civil ou militar dos estados. No Distrito Federal a certidão de antecedentes criminais pode ser acessada pelo portal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.³⁸

Ou seja, o acesso a esses dados se mostra irrestrito ao público em geral. O Estado, mesmo legislando normas favoráveis ao egresso, que permitam a recolocação desse indivíduo ao convívio com a sociedade, também, acaba criando barreiras para que esse realmente se reintegre ao meio social.

Há de convir-se em que, se o Estado admite, por um dos motivos legais, o contato do indivíduo com a sociedade, ele erige em favor deste uma presunção de aptidão social, de que decorre o direito de exigir a remoção dos obstáculos, que dificultam a confirmação, pela conduta daquela mesma presunção. Por outro lado, tendo admitido o contato social do condenado, é um dever do Estado restituir-lhe aquelas condições que estimulam a emenda e favorecem a reincorporação social.³⁹

Noutro giro, observa-se que mesmo em casos em que o egresso possui todos os requisitos para ter reconhecida a sua reabilitação, ou seja, é juridicamente e legalmente reconhecido como ressocializado, o pedido pode lhe ser negado em primeira instância, conforme pode ser observado no acórdão de apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRAZO DEPURADOR SUPERIOR CINCO ANOS. AFASTAR MAUS ANTECEDENTES.

³⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Certidão Nada Consta Criminal. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/servicos/certidoes/certidao-nada-consta>>. Acesso em 22 de maio de 2019.

³⁹ LOPES, Jair Leonardo. **Reabilitação e o Sistema de Penas no Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, 2010. p. 161.

PERSONALIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR FATO POSTERIOR. EXCLUSÃO. DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.

1. Depois da reforma de 1984, Parte Geral do Código Penal, restaram dois tipos de Reabilitações Penais: a de ofício, prevista no artigo 202 da Lei de Execuções Penais - LEP, no sentido de que cumprida ou extinta a pena, não poderá constar qualquer anotação na folha penal do réu; e, a reabilitação judicial prevista nos artigos 93 a 95, do Código Penal, em face de certos efeitos permanentes que a sentença penitenciária produzir, a exemplo da perda do poder familiar. Assim, nos termos do artigo 202 da LEP, uma vez cumprida ou extinta a punibilidade, com o decurso do prazo depurador de 05 (cinco) anos, não se pode falar mais em maus antecedentes ou personalidade negativa de réus, senão, se decide contra preceito expresso da lei.

2. Impõe-se a exclusão da avaliação desfavorável da personalidade, quando, para tanto, utiliza-se condenações criminais do apelante por fatos praticados em data posterior ao dos autos. Precedentes. 3. Dar provimento ao recurso.

(Acórdão n.1154525, 20140111049407APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: JAIR SOARES, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/02/2019, Publicado no DJE: 27/02/2019. Pág.: 94/110)⁴⁰

Tal prática pode colocar em risco o exercício dos direitos sociais do egresso penal, como por exemplo, acesso a um trabalho digno, além de outros direitos garantidos pela Constituição, como proteção a sua intimidade, imagem e honra.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 746, ainda prevê que mesmo que o egresso preencha todos os requisitos objetivos e subjetivos, apresentando todas as certidões comprobatórias para ser considerado como reabilitado, a decisão de reabilitação necessita de um duplo grau de julgamento, realizado pelo Tribunal através do Recurso de Ofício.

Sabendo-se que o pedido de reabilitação criminal necessariamente precisa ser confirmado pela instância superior, através do Recurso de Ofício, em breve pesquisa ao sitio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) é possível verificar quantos acórdãos foram proferidos em solicitações de reabilitação criminal.

Esse número é muito pequeno, comparado ao número de sentenciados e condenados no território do Distrito Federal. Existem apenas 655 acórdãos sobre o

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.1154525, 20140111049407APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: JAIR SOARES, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/02/2019, Publicado no DJE: 27/02/2019. Pág.: 94/110. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

assunto sobre esse assunto.⁴¹ Isso mostra, que o egresso penal, não tem conhecimento da possibilidade de decisão de Reabilitação Criminal e que não tem tido acesso ao judiciário para obter a decisão definitiva de reabilitação.

Conclui-se, portanto, que a Reabilitação Criminal é instituto pelo qual o egresso penal é declarado definitivamente como reabilitado para o convívio com a sociedade, além de ser meio pelo qual este indivíduo tem garantido o sigilo de seu registro penal. No entanto, verifica-se que este instituto é extremamente burocrático e não há uma busca, do egresso, pela confirmação de sua reabilitação.

3 EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NA ESFERA TRABALHISTA

A discussão se a exigência de certidão de antecedentes criminais a candidatos que concorrem a vagas de trabalho, na fase pré-contratual, constitui ou não conduta discriminatória gerando dano moral é matéria amplamente discutida na Justiça do Trabalho.

Em primeiro momento, o Tribunal Superior do Trabalho, através do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0013800-59.2013.5.13.0000 posicionou-se com seguinte tese: “ao empregado que se exigiu certidão de antecedentes criminais, na fase pré-contratual, mas que foi admitido e prestou serviços, não seria devida indenização por danos morais, pela apresentação de tal documento”.⁴² Com base nesta tese, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST julgou o Recurso de Revista nº 1190000-34.2013.5.13.0007 e considerou que a simples exigência de certidão de antecedentes

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Pesquisa Jurisprudencial. Número de Acórdão que versam sobre Reabilitação Criminal. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 12 de junho de 2019. Acórdãos do período de 14/09/1970 a 27/06/2019.

42 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Informativo n.º 93 – Dano Moral. Não configuração. Apresentação de certidão de antecedentes criminais. Condição para admissão no emprego. TST-E-RR-119000-34.2013.5.13.0007, SBDII, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. p/ acórdão Min. Renato de Lacerda Paiva, 23.10.2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=119000&digitoTst=34&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0007>>. Acesso em 18 de abril de 2019.

criminais não configuraria dano moral, conforme depreende-se do Informativo do TST n.º 93.

Não configura danos morais a simples exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego, a não ser que, em determinado caso concreto, a não contratação do trabalhador decorra de certidão positiva de um antecedente criminal que não tenha relação alguma com a função a ser exercida, caracterizando, portanto, um ato de discriminação. Com esse entendimento, a SBDI-I, à unanimidade, conheceu dos embargos interpostos pela reclamada, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, deu-lhes provimento para julgar improcedente a reclamação. Ressalvaram a fundamentação os Ministros Hugo Carlos Scheuermann e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, os quais entendiam que só se configuraria dano moral se a atividade a ser exercida pelo empregado não justificasse a exigência da certidão, o que não é o caso dos autos, uma vez que o reclamante, operador de telemarketing, tinha amplo acesso ao cadastro sigiloso das pessoas, mostrando-se razoável a apresentação dos antecedentes criminais.⁴³

Pode-se observar no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º 0013800-59.2013.5.13.0000 e no Informativo n.º 93 do TST, que esse Tribunal já teve entendimento de que não constituía conduta discriminatória a exigência da certidão de antecedentes criminais na fase pré-contratual e, que caso o empregado não manifestasse óbice em apresentá-la, sendo ele admitido no emprego, não possuía direito de reclamar dano moral por tal prática.

O Tribunal Superior do Trabalho possui diversos julgados em que há a sustentação de que a certidão de antecedentes criminais seria de domínio público, a qual poderia ser obtido por meio de sítio eletrônico do órgão emissor, sem restrição de qualquer natureza, não podendo se falar, com isso, de invasão de privacidade, violação da intimidade ou ato lesivo à honra, conforme o precedente citado.

No entanto, em julgamento ao Incidente de Recurso Repetitivo n.º 24300-58.2013.5.13.0023, que ocorreu em meados de 2017, o Tribunal Superior do Trabalho

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Informativo n.º 93 – Dano Moral. Não configuração. Apresentação de certidão de antecedentes criminais. Condição para admissão no emprego. TST-E-RR-119000-34.2013.5.13.0007, SBDII, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. p/ acórdão Min. Renato de Lacerda Paiva, 23.10.2014. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=119000&digitoTst=34&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0007>. Acesso em 18 de abril de 2019.

reconheceu “que a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando não amparada em expressa previsão legal ou não se justificar em razão da natureza do ofício ou do grau de especial de fidúcia, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.”

Ou seja, o requerimento da Certidão de Antecedentes Criminais causa dano moral presumido ao indivíduo (*in re ipsa*), o qual tem sua honra, dignidade e moralidade lesadas pela simples força dos próprios atos.⁴⁴

A exigência do “Nada Consta Criminal” demonstra a presença de uma desconfiança, e o candidato à vaga é lesado por uma má-fé do empregador, pois, este pode utilizar a condenação presente na certidão de antecedentes criminais como forma discriminatória, o que impediria ao egresso penal a recolocação em mercado de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, na ocasião e por meio da Subseção Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1/TST fixou as seguintes teses sobre a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais:

- 1 - Não é legítima, e caracteriza lesão moral, a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.
2. A exigência de certidão de candidatos a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos e pessoas com deficiência, em creches, asilos ou instituições afins, motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas e entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.
3. A exigência da certidão de antecedentes criminais, quando ausentes alguma das justificativas de que trata o item 2, caracteriza dano moral *in re ipsa* [presumido], passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.⁴⁵

⁴⁴ SOBRAL, Cristiano. **Dano moral *in re ipsa* e ofensa à dignidade da pessoa humana**. CERS. 2018. Disponível em: <<https://noticias.cers.com.br/noticia/dano-moral-in-re-ipsa-e-ofensa-a-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em 21 de maio de 2019.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Recurso Repetitivo n. 243000-58.2013.5.13.0023, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1/TST, Brasília, DF, 20 de abril de 2017.

Portanto, a exigência da Certidão de “Nada Consta” na fase pré-contratual só pode ser justificada por expressa previsão legal ou pela natureza do cargo que será exercido pelo empregado.⁴⁶ Caso contrário, este requerimento constitui dano moral por contrariar artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O que quer dizer que a exigência da certidão de antecedentes criminais pelo empregador fere a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, gerando o direito a indenização por dano moral. Nesta mesma linha, a Lei nº 9.029/95 institui em seu artigo 1º a proibição de adoção de qualquer prática que possa discriminar ou delimitar o acesso de trabalho ou de sua manutenção.⁴⁷

Ademais, a solicitação de Certidão de Antecedentes Criminais pode caracterizar prática discriminatória, pois, os empregadores normalmente não veem com bons olhos pessoas que cumpriram penas, mesmo que estas tenham sido extintas.

Em recente julgado, processo n.º TST – RR – 1124-06.2017.5.07.0033, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou as teses firmadas pela SBDI-1/TST, conforme acórdão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RITO SUMARÍSSIMO. LEI 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. TRANSCENDÊNCIA. (...) RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. LEI 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. TRANSCENDÊNCIA. É entendimento desta c. Corte, a teor do julgamento do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo TST-IRR 243000-58.2013.5.13.0023, da Subseção I de Dissídios Individuais, em sua composição plena, realizada no dia 20/04/2017, de relatoria do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, que a exigência da Certidão de Antecedentes Criminais somente seria legítima (e não caracterizaria lesão moral) se amparada por expressa previsão legal ou a justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. Não verificadas tais justificativas, como in casu, resta caracterizado o dano moral in re ipsa, passível de indenização, ainda que o reclamante tenha sido admitido. Transcendência política da causa reconhecida na

⁴⁶ Empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos e pessoas com deficiência, em creches, asilos ou instituições afins, motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas e entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em 22 de fevereiro de 2019.

forma do art. 896-A, §1º, II, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.⁴⁸

Por tanto, fica claro que o requerimento de certidão de antecedentes criminais, sem justificativa plausível, fere à imagem e intimidade do egresso penal, o que contraria direitos básicos previstos na Constituição Federal. Além do mais, a solicitação só justificando-se em caso de previsão expressa em lei ou pela natureza das funções a serem exercidas, conforme teses instituídas pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo n.º 24300-58.2013.5.13.0023.

3.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou entre os Direitos Fundamentais dos Indivíduos os direitos à intimidade e a vida privada, a honra, disposto no artigo 5º, inciso X da CF/88, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco escrevem que o direito à privacidade teria por objetos os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento do público. O objeto do direito à intimidade seria as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.⁴⁹

O egresso do sistema penal tem sua vida privada constantemente exposta, porque, o seu passado pode ter sido matéria jornalística, seus familiares e amigos possuem conhecimento dos erros cometidos e, no âmbito profissional e trabalhista, o empregador tem exigido a apresentação da Certidão de Antecedentes Criminais como documento necessário para habilitação em emprego, fato este que pode minimizar as chances de ingresso deste indivíduo no mercado de trabalho.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1124-06.2017.5.01.0033** da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília 06 de fevereiro de 2019.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. p. 280.

Cumprir destacar que o direito ao esquecimento na esfera penal já possui previsão legal. O *caput* do artigo 93 do Código Penal declara que “a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentenças definitivas, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”.⁵⁰

Além do mais, a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 202, também prevê a exclusão de antecedentes criminais após o cumprimento e extinção da pena. É sabido que a exposição do egresso a situações de constrangimento no trabalho por meio da exigência da Certidão Negativa Criminal viola a intimidade e a privacidade deste indivíduo, sendo passível de indenização por dano moral, conforme entendimento atualizado do Tribunal Superior do Trabalho.

Sabe-se que a exposição da vida íntima e do registro do egresso penal torna mais difícil a sua ressocialização e reinserção, pois as pessoas próximas a esse indivíduo podem o tratar de forma discriminatória. Nesse sentido, o professor Eugenio Raul Zaffaroni sustenta que “a exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e a curiosidades permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação.”⁵¹.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988, bem como as normas penais e jurisprudência caminham para dar ao egresso penal o direito de tratamento isonômico e igualitário, nascendo a este indivíduo o direito ao esquecimento de seus maus antecedentes e a real reabilitação e reintegração na sociedade, tema principal deste trabalho.

O direito ao esquecimento e a reabilitação do condenado na esfera penal decorre da previsão constitucional de que não haverá pena de caráter perpétuo, conforme previsto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal de 1988, essa afirmação deve alcançar tanto a esfera penal quanto a esfera extrapenal, uma vez que, a divulgação dos registros criminais dos egressos faz com que este reviva o fato passado, e coloca sua intimidade em perigo.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. p. 732.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. p. 281.

Assim, o direito ao esquecimento constitui, também, uma das finalidades da pena, qual seja, a reinserção do indivíduo ao convívio social e proteção de seu registro. O §6º do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade deve ser a reforma e a readaptação social dos condenados.⁵²

O direito de ter seus registros penais apagados ou, pelo menos, de suas informações de histórico penal só serem acessadas pelo órgão judicial, em caso de cometimento de novo delito, constitui forma de proteção da imagem do egresso, garantida pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas penais (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal).

Sendo assim, faz-se necessário que o Poder Público integre o egresso penal em atividades laborativas, bem como tenha um sistema integrado que informe aos órgãos e sistemas que disponibilizam a certidão de “Nada Consta” a situação atualizada do egresso.

4 PROGRAMAS PÚBLICOS DE INCENTIVO A INSERÇÃO DO EGRESSO PRISIONAL NO MERCADO DE TRABALHO

O objetivo ressocializador da pena não pode ser atingido com formulas definitivas ou simplistas. A criminologia moderna prioriza a prevenção primária (causas do delito) e a secundária (obstáculos do delito), completando-se com a prevenção terciária, procurando evitar a reincidência.⁵³

Nesse sentido e visando a ressocialização, reinserção e reintegração social de presos, egressos do sistema carcerário, e de cumpridores de medidas de penas alternativas, o Poder Público instituiu o programa Começar de Novo, projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

O Conselho Nacional de Justiça possui o entendimento de que a requisição da certidão de antecedentes criminais pelo empregador constitui óbice para a recolocação

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. p. 105.

⁵³ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 20ª Ed. São Paulo. 2014. 607.

do egresso no mercado de trabalho. Diante disso, criou o programa Começar de Novo que visa capacitar e dar oportunidades de emprego ao preso e egresso penal para que esse possa ser reintegrado à sociedade.

Foi instituída, também, a Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional (Pnat), a qual possui a finalidade de promover a recolocação do egresso penal e do preso no mercado de trabalho através do fornecimento de vagas promovidas por empregadores que contratem com a Administração Pública, conforme disposição do §5º do artigo 40 da Lei 8.666/1993 e inciso XXI, *caput*, do artigo 37 da Constituição Federal, os quais instituem normas para licitação e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal.

4.1 PROGRAMA COMEÇAR DE NOVO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estabeleceu, em 2010, o programa Começar de Novo, conforme Resolução n.º 96/2009 deste órgão.⁵⁴ O qual destina-se à sensibilização de órgãos públicos e sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo desta política é promover a cidadania e consequentemente reduzir a reincidência de crimes.

O projeto Começar de Novo fornece um Portal de Oportunidades às empresas que buscam ajudar. As empresas interessadas podem se cadastrar neste projeto e divulgar vagas de emprego e também postos de capacitação.

Já os egressos e presos podem acompanhar as vagas ofertadas através de um painel no sitio eletrônico do programa Começar de Novo. Podendo, estes, se candidatarem as vagas divulgadas. Atualmente, a página eletrônica desse programa apresenta as seguintes informações: Vagas Propostas: 18541, Vagas Preenchidas 13701 e Vagas disponíveis: 592.⁵⁵

⁵⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Programa Começar de Novo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em 10 de janeiro de 2019.

⁵⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Projeto Começar de Novo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/projetocomecardenovo/index.wsp>>. Acesso em 29 de junho de 2019

4.2 POLÍTICA NACIONAL DE TRABALHO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL (Pnat)

Nessa mesma esteira e com finalidade de garantir acesso ao mercado de trabalho ao egresso penal e ao preso, em julho de 2018, é instituída a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional (Pnat), através do Decreto nº 9.450/2018. Essa política tem por objetivo a inserção das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mundo do trabalho e na geração de renda.⁵⁶

A Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional (Pnat) tem como princípios a dignidade da pessoa humana, a ressocialização, o respeito às diversidades étnico-raciais, para com as pessoas com deficiência, entre outras; e a humanização da pena.

Institui como diretrizes estabelecer mecanismos que favoreçam a reinserção social das pessoas presas em regime fechado, semiaberto e aberto, e egressas do sistema prisional; adotar estratégias de articulação com órgãos públicos, entidades privadas e com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política.

Ampliando, com isso, as alternativas de absorção econômica destes indivíduos; estimulando a oferta de vagas de trabalho para egressos do sistema prisional. Busca integrar os órgãos responsáveis pelo fomento ao trabalho e pela execução penal com as entidades responsáveis pela oferta de vagas de trabalho, uniformizando o modelo de edital de chamamento, visando a formação de parcerias para construção de espaços de trabalho em unidades prisionais por entes privados e públicos.

O Decreto nº 9.450/2018 regulamenta o §5º do artigo 40 da Lei 8.666/1993, regulamenta o disposto no inciso XXI, *caput*, do artigo 37 da Constituição Federal e

⁵⁶BRASIL. Diário Oficial da União. Decreto n. 9.450 de 24 de julho de 2018. Institui a política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei 8666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do *caput* do art. 37 da Constituição e institui normas para licitação e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/34027085/do1-2018-07-25-decreto-n-9-450-de-24-de-julho-de-2018-34027061>. Acesso em 05 de fev. 2019.

institui normas para licitação e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.⁵⁷

Com essa política, a Administração Pública pode promover o emprego de pessoas egressas do sistema penal, através das licitações e contratos celebrados por pelos órgãos da Administração Direta e Indireta. Ficando o Ministério Público do Trabalho responsável por acompanhar as contratações públicas e regularidades do desenvolvimento das condições de saúde e segurança do trabalho, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.⁵⁸

O programa Começar de Novo e a Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional (Pnat), visam aperfeiçoar e fornecer aos egressos penais acesso ao mercado de trabalho. Tais políticas tem por base princípios constitucionais norteadores de um Estado de Direito, como a isonomia, dignidade da pessoa humana, entre outras.

Pode-se observar, que o Estado, busca com essas políticas públicas a reinserção desses indivíduos no convívio com a sociedade, oferecendo a estes a possibilidade de capacitação, através dos cursos profissionalizantes, que podem ser fornecidos por órgãos públicos e entidades privadas.

⁵⁷BRASIL. Lei 8.666. de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução CNMP nº 56/2010, que dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público do Trabalho (MPT) no acompanhamento da Política Nacional de Trabalho no âmbito do sistema prisional.** Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11959-proposta-aprovada-menciona-atribuicao-do-mpt-no-acompanhamento-da-politica-nacional-de-trabalho-no-sistema-prisional>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

E, também, o acesso ao mercado de trabalho, principalmente, através da possibilidade de exigência de que as empresas privadas que contratem com a Administração empreguem mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional.

Portanto, as políticas públicas implementadas pelo Estado se mostram necessárias para dar acesso ao mercado de trabalho a egressos penais e presos. No entanto, também é necessário que o Estado combata o preconceito dos empregadores em contratar indivíduos que passaram pelo sistema penitenciário, bem como restringir o acesso às certidões de antecedentes criminais, visto que, a requisição dessa certidão pode causar segregação e impedir a recolocação do egresso no mercado de trabalho.

CONCLUSÃO

O início desse trabalho buscou apresentar quais as finalidades da pena atualmente, haja visto que suas funções e finalidades variaram de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade. Em razão disso, constatou-se que a pena hoje possui uma dupla finalidade, a de sanção (castigo pelo delito cometido) e também ressocialização, reintegração do indivíduo à sociedade.

Em atenção às mudanças que ocorreram e ocorrem na sociedade, surgem políticas públicas que objetivam garantir ao egresso penal a real reabilitação para conviver em sociedade, como a aplicação do sistema progressivo para cumprimento da pena, bem como penas alternativas a pena de prisão e o acesso ao trabalho dentro e fora das penitenciárias.

A Reabilitação Criminal surge para garantir ao egresso penal a suspensão dos efeitos acessórios da pena, bem como assegurar o sigilo dos registros criminais do ex-dentendo, agora egresso do sistema prisional. Com tudo, a reabilitação tem se mostrado um meio pouco procurado pelos egressos penais, prova disso são os números de acórdãos julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao todo só existem 654 acórdãos disponíveis.

Como tratado no trabalho, a decisão de Reabilitação Criminal é julgada em primeira instância pelo juiz de conhecimento, que pode negar o pedido, sendo cabível a

apelação para órgão de segunda instância. Caso o juiz decida pela procedência do pedido, o processo é encaminhado ao Tribunal de Justiça através Recurso de Ofício para a confirmação da decisão.

Posto que é um procedimento que necessita de duplo grau de jurisdição, o número de julgados é alarmantemente pequeno, com base na quantidade de condenados e encarcerados do Distrito Federal.

Desta forma, o instituto da reabilitação criminal se mostra de uso tímido pelos egressos. O que pode ocorrer pela falta de conhecimento, pela burocracia do procedimento ou porque os indivíduos voltaram a delinquir.

Quanto a previsão do artigo 202 da Lei de Execuções Penais, a qual dispõe sobre o efeito automático do direito de registro do egresso, após cumprimento e extinção da pena. Como se verificou em julgados trazidos nos processos, não há a exclusão automática dos registros do egresso penal, tendo esse que recorrer ao judiciário para ver seu direito garantido.

Na seara trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, ao proferir a decisão manifestando-se por considerar a prática da exigência da certidão negativa criminal, sem justificativa plausível, como forma de discriminação ao indivíduo, demonstrou amadurecimento quanto a matéria de ressocialização do egresso prisional e trouxe perspectivas de acesso ao mercado de trabalho por esses indivíduos

A consideração dessa prática como discriminatória é um grande avanço, pois permite que os egressos penais tenham acesso ao mercado de trabalho sem serem constrangidos pela anotação em sua folha de antecedentes. Além do mais, para que realmente haja a reabilitação do egresso penal é necessário que este tenha uma segunda chance sem ser lembrado a todo momento de que cometeu um delito.

O egresso penal possui, por força dos princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana, do direito de não violação à intimidade e vida privada, o direito ao esquecimento de seus registros criminais.

As políticas públicas reguladas pelo Poder Público, programa Começar de Novo e a Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional (Pnat) mostram-se como excelentes meios para se chegar à ressocialização e reabilitação do indivíduo,

pois permite a este o acesso ao aperfeiçoamento profissional, bem como acesso ao mercado de trabalho.

No entanto, é necessário que haja uma real interação do Poder Público com os Entes Privados para que cumpram o que dispõe as normas e programas de inclusão do egresso do sistema prisional

Conclui-se, que a pena possui também a finalidade de reabilitação, no entanto, por mais que haja a legislação para que se chegue a este objetivo, existem muitos obstáculos. O próprio Estado tem constituído mecanismos que impedem a real implementação deste instituto, permitindo que haja a divulgação dos registros criminais em sítio eletrônicos públicos, não atualizando seu sistema, infringindo a Lei de Execuções Penais e em casos negando provimento ao pedido de reabilitação, mesmo quando este é fundamentado corretamente.

No entanto, aos poucos pode-se observar avanços quanto a esta matéria. Reabilitar o egresso prisional é necessário e recolocar este indivíduo no mercado de trabalho é uma medida que se impõe a um Estado Social de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal. Caderno Especial: Resumo de toda a Matéria.** 4º Ed. Saraiva 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1.** São Paulo. Saraiva. 2014.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Projeto Começar de Novo.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/projetocomecardenovo/index.wsp>>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de outubro de 1941. **Código de Processo Penal** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 05 fev 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 05 fev 2019.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações e Contratos** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 05 fev 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.450, de julho de 2018. **Regula a Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional (Pnat)**. Disponível em: www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/34027085/do1-2018-07-25-decreto-n-9-450-de-24-de-julho-de-2018-34027061>. Acesso em 05 fev 2019.

BRASIL. Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995. **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**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em 22 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Começar de Novo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em 05 fev 2019

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução CNMP nº 56/2010, que dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais**

pelos membros do Ministério Público do Trabalho (MPT) no acompanhamento da Política Nacional de Trabalho no âmbito do sistema prisional. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11959-proposta-aprovada-menciona-atribuicao-do-mpt-no-acompanhamento-da-politica-nacional-de-trabalho-no-sistema-prisional>. Acesso em 10 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1124-06.2017.5.01.0033** da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília 06 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?jsessionid=868CF24F4B8B4B1B69AD95348CDBDB78.vm652?conscsjt=&numeroTst=1124&digitoTst=06&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=07&varaTst=0033&consulta=Consultar>>. Acesso em 03 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Recurso Repetitivo n. 243000-58.2013.5.13.0023**, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1/TST, Brasília, DF, 20 de abril de 2017. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24287126. Acesso em 08 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Informativo n.º 93** – Dano Moral. Não configuração. Apresentação de certidão de antecedentes criminais. Condição para admissão no emprego. **TST-E-RR-119000-34.2013.5.13.0007**, SBDII, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. p/ acórdão Min. Renato de Lacerda Paiva, 23.10.2014. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=119000&digitoTst=34&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0007>. Acesso em 18 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 52714/SP**. Quinta Turma do STJ. 10 de março de 2017. Brasília. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443268234/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-52714-sp-2016-0325861-5/inteiro-teor-443268244>. Acesso em 25 de dezembro de 2018.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 16º Ed. Rio de Janeiro. 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**. 35º Ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2014.

JÚNIOR, Sídio Rosa de Mesquita. **Execução Criminal, Teoria e Prática**. 5ª Ed. ATLAS. São Paulo. 2007

LOPES. Jair Leonardo. **Reabilitação e o Sistema de Penas no Anteprojeto de Reforma da Parte Geral do Código Penal**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. São Paulo. 2013

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – introdução aos seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MUÑOZ CONDE, 1979. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

MIGUEL REALE JÚNIOR. **Instituições de Direito Penal**. 1ª Ed. EDITORA FORENSE. Rio de Janeiro 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini. FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30ª Ed. Revisa Atualizada. São Paulo. Atlas. 2013.

MONTEIRO, Flávio Augusto de Barros. **Direito Penal, Parte Geral 1**. 9ª Ed. São Paulo. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal, Fundamentos e Teoria do Delito**. 7ª Ed. São Paulo. 2007.

SOBRAL. Cristiano. **Dano moral *in re ipsa* e ofensa à dignidade da pessoa humana**. CERS. 2018. Disponível em: <https://noticias.cers.com.br/noticia/dano-moral-in-re-ipsa-e-ofensa-a-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em 21 de maio de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

ANÁLISE DE VIABILIDADE

PROCEDURAL LEGAL TRANSACTIONS INVOLVING PUBLIC TREASURY FEASIBILITY ANALYSIS

Débora Pereira Gonçalves

Resumo: O presente trabalho analisa a aplicação do instituto dos negócios jurídicos processuais, trazido pelo artigo 190, do Código de Processo Civil, à Fazenda Pública. O objetivo central do artigo foi responder à seguinte questão: A Fazenda Pública pode firmar convenções processuais, apesar da lei exigir para a sua celebração que o direito envolvido seja passível de ser solucionado mediante autocomposição? Adotou-se como metodologia de pesquisa os métodos de abordagem indutivo e de procedimento de análise da doutrina e da legislação sobre o assunto. Os objetivos específicos do trabalho foram o de compreender o instituto dos negócios jurídicos processuais, como conceito, classificação, pressupostos, evolução, e, a partir dessas premissas e da análise da doutrina e da legislação sobre o tema, verificar a possibilidade de acordos processuais no âmbito da Fazenda. Conclui-se que, desde que haja respeito aos requisitos e aos limites traçados pelo ordenamento jurídico, não há empecilho para a celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública.

Palavras-chave: Negócio jurídico processual. Direitos que admitam autocomposição. Interesse público. Fazenda Pública.

Abstract: This study analyzes the application of the procedural legal transactions, brought by article 190 of the Civil Procedure Code, to the Public Treasury. The main objective of this paper is answer the following question: Can the Public Treasury agree with procedural conventions, despite the law requires for its conclusion that the involved right can be resolved by self-composition? The research methodologies adopted were the method of inductive approach and method of analysis procedure of doctrine and legislation about the subject. The specific objectives of the study were to understand the regulation of procedural legal transactions, as concept, classification, assumptions, evolution and, from these premises and analysis of the doctrine and legislation about the subject, verify the possibility of procedural agreements in the Treasury. It is concluded that, existing respect by the requirements and limits defined by legal system, there is no obstacle to the transactions conclusion by the Public Treasury.

Keywords: Procedural legal transactions. Rights that allow self-composition. Public interest. Public treasury.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), adotando o modelo cooperativo de processo, trouxe, no artigo 190, a figura dos negócios jurídicos processuais atípicos, instrumento por meio do qual as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ocorre que o referido dispositivo afirma que um dos requisitos indispensáveis para a celebração do negócio jurídico processual é que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição.

Diante dessa exigência, parcela da doutrina afirma que, em regra, é vedado à Fazenda Pública firmar convenções processuais, tendo em vista que os direitos por ela defendidos, em sua maioria, são indisponíveis. Assim, invocam o princípio da indisponibilidade do interesse público para impedir que a novidade trazida pelo atual Código de Processo Civil seja aplicada no âmbito fazendário.

Através da presente pesquisa buscar-se-á demonstrar que o princípio da indisponibilidade do interesse público e os requisitos legais elencados no artigo 190, do Código de Processo Civil, não constituem óbice à celebração dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública.

Para atingir tal objetivo, o primeiro capítulo discorrerá sobre a figura do negócio jurídico processual, deixando claros o seu conceito, evolução e as diferenças existentes entre negócios jurídicos típicos e atípicos.

No segundo capítulo serão abordadas as características dos negócios jurídicos processuais, bem como os pressupostos necessários à sua celebração. Dentre eles, será minuciosamente analisado o pressuposto “direitos que admitam autocomposição”, principal argumento dos que pretendem afastar da Fazenda Pública a faculdade de firmar convenções processuais. Chegar-se-á à conclusão, no referido capítulo, que tal pressuposto não impede a Fazenda de celebrar negócios jurídicos processuais, uma vez que a norma legal apenas exige que o processo possa ser solucionado mediante autocomposição, e não que o direito material envolvido seja disponível.

Já no terceiro capítulo será analisada com maior profundidade a relação entre negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública. Verificar-se-á que a possibilidade de a Fazenda de celebrar convenções processuais não significa ausência de limitações. Pelo contrário, a autorização para firmar negócios jurídicos está vinculada à consecução do interesse público primário.

Ademais, demonstrar-se-á a relevância da figura dos negócios jurídicos processuais para a Fazenda, na medida em que esse instrumento é capaz de contribuir significativamente para a redução de milhares de demandas judiciais nas quais a Fazenda Pública é parte, além de conferir maior eficiência ao processo.

Será destacada também a importância da regulamentação dos negócios jurídicos processuais, a fim de conferir maior segurança jurídica aos advogados públicos que, muitas vezes, por temerem responsabilização funcional, se esquivam de firmar as referidas convenções. Por fim, será apresentada a experiência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na regulamentação do instituto.

Quanto às técnicas de investigação, será adotada, basicamente, a pesquisa documental indireta, voltada para análise bibliográfica, com recurso a livros teóricos e artigos científicos que analisam o tema referente ao negócio jurídico processual e sua correlação com a Fazenda Pública. No que se refere à documentação indireta, também será utilizada como fonte de pesquisa a legislação, especificamente, o Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015) e as Portarias da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nºs. 360, de 13 de junho de 2018, 515, de 20 de agosto de 2018, e 742, de 21 de dezembro de 2018.

Seguindo essa linha, o presente estudo se vale de abordagem descritiva e qualitativa, de sorte que, em posse dos conceitos relativos ao tema e dos fundamentos extraídos da legislação e da doutrina, chega-se à conclusão pretendida.

Por fim, é importante mencionar que o tema proposto possui grande relevância prática e acadêmica, na medida em que o negócio jurídico processual se coloca como valioso instrumento capaz de conferir maior celeridade e eficiência aos processos nos quais a Fazenda Pública é parte.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: NOTAS GERAIS

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) prestigia a cooperação das partes na busca de uma solução do processo efetiva e em tempo razoável. Para tanto, consagra no artigo 6º o Princípio da Cooperação ao dispor que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Assim, permite-se que os atores do processo interajam entre si a fim de alcançarem a solução do feito, valorizando-se o consenso ao invés da tradicional visão do juiz que a tudo decide sob o olhar inerte das partes. Nesse sentido, Cunha (2017, p. 664):

Há, no Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídas pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou conciliador.

É nesse espaço de cooperação e busca pela resolução do conflito que surge a figura do negócio jurídico processual, assim conceituado por Didier Jr. (2015, p. 376):

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação. (...)
O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico há escolha do regramento jurídico para determinada situação.

Portanto, no negócio jurídico processual as partes podem, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, definir o conteúdo e os efeitos de atos processuais, os quais são frutos da manifestação de vontade dos sujeitos que celebram o negócio jurídico.

É importante destacar que, por muito tempo, parcela da doutrina defendeu a impossibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais sob o argumento de que a vontade do sujeito seria apenas relevante para a definição do conteúdo e dos efeitos materiais. No entanto, os efeitos processuais estariam prefixados pela lei processual, inexistindo qualquer poder de escolha.

Tal leitura estava baseada no modelo inquisitivo de processo, no qual o órgão jurisdicional, após provocado, assumia posição de protagonista, inexistindo autonomia da vontade das partes no que tange aos efeitos processuais. Nesse sentido, explica Redondo (2016, p. 229):

De acordo com o modelo inquisitivo mais puro, o órgão jurisdicional assume a função de protagonista da relação processual. Rompida a inércia da jurisdição pela provocação da parte, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial. O magistrado é quem realiza a maior parte da atividade processual, especialmente no que tange à condução, ao desenvolvimento e à instrução do processo. Permite-se ao juiz a produção da prova de ofício, bem como o indeferimento das provas que considerar desnecessárias ou irrelevantes para a solução da causa. Há preponderância dos atos escritos sob os orais. Nesse modelo, costuma predominar o *princípio inquisitivo*.

É por essa razão que ainda predomina a afirmação de que este modelo teria sido o adotado pelos CPCs brasileiros de 1939 e de 1973, os quais, ainda que certo modo influenciados pela estrutura liberal, teriam sofrido inegável influência europeia no sentido da consagração do publicismo e da ruptura da visão liberal de processo, tendo em vista a consagração do impulso oficial, da amplitude dos poderes instrutórios do juiz, dos poderes decisórios sobre matérias cognoscíveis *ex officio* e do sistema do (livre) convencimento motivado, entre outros. Era inegavelmente minoria a parcela da doutrina que defendia – a nosso ver, com razão – que o modelo compatível com o Direito Processual Civil brasileiro da atualidade seria um modelo “misto”, mais cooperativo.

(...)

O entendimento que prevaleceu, à luz do CPC/1973, era contrário à existência da categoria negócio jurídico processual, baseado na ótica de que a vontade não teria qualquer relevância na produção de efeitos pelo ato processual. O sentido juridicamente relevante do ato processual seria objetivo, sem qualquer relação com elementos estranhos à declaração. A vontade das partes seria, pois, irrelevante na determinação dos efeitos dos atos processuais.

Hoje é impossível adotar tal posição sem contrariar a lei, já que o recente Código de Processo Civil, no artigo 190, quebrando o paradigma publicista de excessivo protagonismo judicial, então existente, trouxe uma cláusula geral dos negócios jurídicos

processuais que valorizou a vontade das partes e permitiu a maior adequação do processo às suas necessidades e ao caso concreto. É o modelo cooperativo de processo. Confere-se:

Artigo 190: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdade e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes a aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Conforme se depreende do dispositivo legal, é facultado às partes convencionar mudanças no procedimento, bem como alterações nos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que sejam capazes e que o direito, objeto do negócio jurídico entabulado, seja disponível. Trata-se, portanto, de flexibilização das regras procedimentais por meio da manifestação de vontade.

Inclusive, Dinamarco (2016), autor que negava a existência dos negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil revogado, admite que o novo diploma processual civil mitigou a exclusividade da lei como fonte regulamentadora do processo e dos procedimentos, conferindo maior liberdade para que os sujeitos do processo, por meio da manifestação de vontade, criem ou modifiquem as regras processuais.

A propósito, é preciso ressaltar que os negócios jurídicos processuais existiam até mesmo no antigo Código de Processo Civil - Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Entretanto, eram admitidos apenas os negócios processuais típicos, ou seja, aqueles expressamente previstos pela norma, como, por exemplo, a cláusula de eleição de foro.

Já o novo Código foi além ao permitir também a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, não previstos, concretizando-se, no entendimento de Didier Jr. (2015, p. 134, 135), o princípio do “autorregramento da vontade”. Confere-se:

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas.

De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo. Alguns exemplos.

(...)

IV) O CPC prevê uma cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, uma vez preenchidos os

pressupostos do caput d o art. 190. Dessa cláusula geral surge o subprincípio da atipicidade da negociação processual, a mais importante concretização do princípio do respeito autorregramento da vontade no processo civil e, por isso, o exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro.

São exemplos de negócios processuais típicos, previstos no Código de Processo Civil, o calendário processual (artigo 191, §§ 1º e 2º), a eleição negocial de foro (artigo 63), o acordo para a suspensão do processo (artigo 313, II), a organização consensual do processo (artigo 357, §2º), a convenção sobre o ônus da prova (artigo 373, §§3º, 4º), a escolha consensual do perito (artigo 471), a desistência da ação (artigo 485, §4º), a convenção de arbitragem (artigo 3º, §1º), o acordo para adiamento da audiência de instrução e julgamento (artigo 362, I), a convenção entre os litisconsortes para dividirem entre si o tempo das alegações finais orais em audiência (artigo 364, §1º), o acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (artigo 432, parágrafo único), entre outros.

Quanto aos negócios jurídicos processuais atípicos que podem ser firmados pelas partes com supedâneo na cláusula geral trazida pelo novo Código de Processo Civil, Talamini (2018, p. 529) cita alguns exemplos:

Tomem-se como exemplos de negócios atípicos propriamente processuais: (a) o que limita o processo a grau de jurisdição único (não cabimento de apelação); (b) o que retira das partes o poder de provocar a intervenção de terceiros; (c) o que institui litisconsórcio necessário convencional; (d) o que estabelece substituição processual convencional etc.

Da mesma maneira, Didier Jr. (2015, p. 381) também enumera exemplos de negócios jurídicos atípicos:

Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar uma prova ilícita etc.

Antes mesmo da análise sobre a possibilidade de a Fazenda Pública firmar tais negócios jurídicos, adentra-se, para maior compreensão, em suas principais características, já que se trata de instituto relativamente novo, ainda não tão debatido pelos operadores do direito.

Conforme será demonstrado adiante, o estudo dessas características é essencial para conclusão sobre a possibilidade ou não de celebração dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública.

2. CARACTERÍSTICAS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

2.1 CLASSIFICAÇÃO

Os negócios jurídicos processuais podem ser classificados em unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.

Os negócios jurídicos unilaterais se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade. Dessa forma, basta a vontade de um sujeito processual para gerar consequências no processo. Cita-se, como exemplo, a renúncia de um prazo (artigo 225, do Código de Processo Civil) ou a desistência de um recurso (artigo 998, do Código de Processo Civil).

No que tange aos negócios jurídicos bilaterais, é necessário o acordo de vontade, como acontece na suspensão convencional do processo (artigo 313, II, do

Código de Processo Civil). Outro exemplo são os negócios jurídicos processuais atípicos referidos no artigo 190, do diploma processual.

Há também os negócios jurídicos processuais plurilaterais, os quais dependem do acordo de mais de dois sujeitos. São os casos dos negócios que, além de dependerem da manifestação das partes, também precisam da anuência do juiz. O melhor exemplo de negócio jurídico processual plurilateral é calendarização do procedimento. Conforme artigo 191, do Código de Processo Civil, é lícito às partes e ao juiz, de comum acordo, fixarem calendário para a prática dos atos processuais, estando eles vinculados ao calendário proposto.

2.2 OBJETO

O artigo 190, do Código de Processo Civil, é bastante claro ao dispor que podem ser objeto de negócio jurídico processual “mudanças no procedimento para adequá-lo às especificidades da causa” ou convenções sobre “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Ou seja, tanto o procedimento quanto as situações processuais das partes podem ser objeto de negócio jurídico.

No que tange à alteração do procedimento, alguns doutrinadores como Neves (2018, p. 391), defendem que as mudanças pretendidas pelas partes estão condicionadas às especificidades da causa. Portanto, é preciso uma particularidade no caso concreto para que haja a modificação do procedimento. Confere-se:

Trata-se, portanto, de uma limitação ao poder das partes de modificarem o procedimento, porque se não houver qualquer especialidade na causa que justifique a alteração procedimental, não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo. Por exemplo, numa causa simples, de despejo por falta de pagamento, as partes convencionam que seus prazos processuais serão contados em quádruplo. Nesse caso, não haverá qualquer especialidade da causa que justifique um tratamento diferenciado quanto aos prazos processuais, conclusão que seria distinta diante de uma demanda mais complexa, como uma dissolução parcial de sociedade com apuração de haveres com vários litisconsortes.

Já outros estudiosos do tema, como Nogueira (2015), consideram que as especificidades da causa referidas pelo artigo 190, do Código de Processo Civil, são aquelas eleitas como relevantes pelas próprias partes. Ou seja, os próprios sujeitos do

processo podem convencionar em dar tratamento diferenciado a determinado procedimento por considerarem importante, bastando, assim, a mera conveniência para a celebração de negócio jurídico processual sobre mudança no procedimento.

Há grande relevância prática na escolha da corrente doutrinária a ser seguida, pois se adotado o posicionamento de Neves (2018), acaba-se admitindo mais uma hipótese de controle de validade a ser exercido pelo judiciário.

Conforme antes mencionado, é facultado aos sujeitos do processo modificar suas posições processuais ativas (poderes, ônus, faculdades e direitos) e passivas (deveres e obrigações). No entanto, é vedado negociar as posições processuais do juiz, já que não são delas titulares. Assim, é proibido acordar, por exemplo, pela exclusão da fundamentação de uma sentença a ser proferida.

2.3 MOMENTO

O negócio jurídico processual pode ser celebrado antes mesmo do ajuizamento do processo, como no caso de inserção de cláusula em contrato prevendo regras processuais a serem observadas em caso de litígio.

Ademais, em qualquer fase processual poderá ser firmada a convenção, incluindo a fase recursal.

Necessário é destacar que, em regra, não é preciso homologação judicial do negócio jurídico processual acordado pelas partes, já que, nos termos do artigo 200, do Código de Processo Civil, “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Esse também é o entendimento firmado no Fórum Permanente de Processualistas Civis, conforme Enunciado 133:

133 - Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.

Por óbvio, se se tratar de um negócio jurídico plurilateral que envolva o juiz, como no caso da calendarização (artigo 191, do Código de Processo Civil), será indispensável a sua concordância.

Ressalta-se que o fato de, em regra, não ser necessária a homologação judicial, não significa que o magistrado não está autorizado a controlar a validade das convenções processuais. Conforme bem salientado no parágrafo único do artigo 190, de ofício ou a requerimento, o juiz pode controlar a validade das convenções, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando alguma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

2.4 FORMA

Quanto à forma, a doutrina está dividida. Para Didier Jr. (2015, p. 389), por exemplo, a forma do negócio jurídico processual é livre, podendo a celebração se dar de forma oral ou escrita, salvo nos casos excepcionais em que a lei exige a forma escrita.

Já Neves (2018, p. 395) sustenta que é “preferível exigir-se a forma escrita em razão da previsibilidade e de segurança jurídica que devem nortear o negócio jurídico processual ora analisado”.

2.5 DOS PRESSUPOSTOS

2.5.1 CAPACIDADE

O artigo 190, do Código de Processo Civil, exige para a celebração de negócios jurídicos que as partes sejam plenamente capazes. No entanto, não detalha o tipo de capacidade a que se refere.

A doutrina majoritária defende que a capacidade exigida pelo dispositivo é a processual. Nesse cenário, o fato de um sujeito deter incapacidade civil não o impede de celebrar negócios jurídicos processuais, desde que seja portador da capacidade processual. É o caso, por exemplo, dos menores de 16 (dezesseis) anos que, embora não detenham capacidade civil absoluta, podem celebrar os referidos negócios jurídicos se regularmente representados.

Registra-se que Didier Jr. (2015, p. 385) trata, especificamente, da capacidade da Fazenda Pública de celebrar negócios jurídicos. Confere-se:

Não há qualquer impedimento na celebração de convenções processuais pelo Poder Público: se podem optar pela arbitragem, como visto neste Curso, tanto mais poderiam celebrar convenções processuais. Eventual invalidade, no caso, recairia sobre o objeto, mas não sobre a capacidade. O CPC prevê expressamente a possibilidade de acordo ou tratado internacional dispensar a *caução às custas* (art. 83, §1º, I, do CPC). É um claro negócio jurídico processual, celebrado pela União. O art. 75, §4º, CPC, expressamente prevê um negócio jurídico processual celebrado entre o Estado e o Distrito Federal, para a cooperação entre as procuradorias jurídicas.

Dessa forma, no que tange à capacidade, não haveria qualquer impedimento para a celebração de negócios jurídicos pela Fazenda Pública.

2.5.2 VEDAÇÃO AO ABUSO

Reza o parágrafo único do artigo 190, do Código de Processo Civil, que o juiz controlará a validade dos negócios jurídicos processuais, recusando-lhes a aplicabilidade, nos seguintes casos: inserção abusiva em contrato de adesão, manifesta situação de vulnerabilidade e em casos de nulidade.

O dispositivo deixa claro, portanto, que é possível inserir em contrato de adesão cláusula prevendo a celebração de negócio jurídico processual, desde que ela não seja abusiva.

Destaca-se que a abusividade da cláusula tem que ser investigada no caso concreto. Se a cláusula, por exemplo, prevê regras isonômicas para ambas as partes, não há motivos para a sua anulação. Da mesma forma, não há razão para a invalidação se o contrato de adesão beneficiar o aderente.

Apenas a título de exemplo, cita-se o caso de uma cláusula, prevista em contrato de adesão, que estabelece que o prazo processual para ambos os contratantes será em dobro. Essa cláusula não pode ser considerada abusiva, já que não trouxe manifesta vantagem apenas para o elaborador do contrato.

Sobre o assunto, valioso é o ensinamento de Eduardo Talamini no artigo “Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais”:

Contrato de adesão é aquele que uma parte impõe em bloco à outra, cabendo a essa apenas aceitá-lo ou recusá-lo como um todo, sem margem para a discussão individualizada de suas cláusulas. Mas isso não significa que não possa jamais estabelecer-se um negócio processual no bojo de um contrato de adesão. Ele será válido e eficaz, desde que não configure uma situação abusiva, de enfraquecimento processual da parte que adere ao contrato. Por exemplo, uma instituição financeira pode inserir em contrato de adesão que celebra com seus clientes a previsão de que as citações dela deverão fazer-se por via eletrônica – um a vez que o banco já estará necessariamente cadastrado no sistema eletrônico (CPC/15, art. 246, § 1º). Tal avença confere segurança à instituição financeira sem implicar nenhum sacrifício para o cliente, pois a citação eletrônica é simples, rápida e sem custos. Mesmo quando não se tratar de contrato de adesão, o juiz deverá aferir se uma das partes não se prevaleceu de “manifesta situação de vulnerabilidade” da outra, para assim inserir disposições processuais abusivas (art. 190, par. ún. – v. também arts. 63, § 3º e 373, § 3º, II, do CPC/15, acerca de negócios típicos). Embora formulado mediante conceitos indeterminados, trata-se de um parâmetro restrito para a negativa de eficácia ao negócio processual – expresso na exigência de que a situação de vulnerabilidade seja “manifesta”.

Por fim, destaca-se que o Fórum Permanente de Processualistas Civis lançou enunciado no sentido de que, diante de previsões ambíguas e contraditórias no contrato de adesão, deverá ser adotada a interpretação que mais beneficia o aderente.

408 - Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

2.5.3 AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE

Conforme já mencionado, o negócio jurídico poderá ser invalidado quando constatada a manifesta vulnerabilidade de uma das partes, que nada mais é do que o desequilíbrio entre os sujeitos que impede a celebração da convenção processual em igualdade de condições.

Neves (2018, p. 398) assim se posiciona sobre o tema:

Será nulo o negócio jurídico processual se o juiz entender que uma das partes o celebrou em situação de vulnerabilidade. Como objeto do acordo celebrado entre as partes tem natureza processual, a vulnerabilidade prevista no art. 190, parágrafo único do Novo CPC deve ser compreendida como vulnerabilidade processual, que segundo a melhor doutrina decorre de limitação pessoal involuntária de caráter

permanente ou provisório, ensejada por fatores de saúde, de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional.

Da mesma forma que acontece com as cláusulas abusivas em contrato de adesão, a vulnerabilidade também precisa ser demonstrada no caso em concreto, não podendo ser meramente abstrata. Assim, o simples fato de uma das partes ser um consumidor ou um trabalhador não ocasiona a anulação do negócio processual, já que, como visto, para que ela ocorra o negócio não pode ter sido celebrado em condições de igualdade.

No entanto, se restar comprovado que, por causa de difícil situação econômica, uma das partes viu-se obrigada a celebrar um negócio jurídico processual completamente desvantajoso para si, é possível sua invalidação em virtude da manifesta vulnerabilidade.

A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis defende que a falta de assistência técnico-jurídica quando da celebração do negócio processual é indício de vulnerabilidade. Trata-se, no entanto, de vulnerabilidade relativa que pode ser ilidida por prova em contrário.

18 - Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

2.5.4 AUSÊNCIA DE NULIDADE

Uma vez que o negócio jurídico processual é espécie de negócio jurídico, para sua validade é necessário observar os requisitos exigidos no artigo 104, do Código Civil, a saber, agente capaz, objeto possível, lícito, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não proibida em lei.

Ademais, também é imprescindível a observância dos requisitos específicos presentes no artigo 190, do Código de Processo Civil, alguns já mencionados, como capacidade, possibilidade de autocomposição, proibição de inserção abusiva em contrato de adesão e ausência de vulnerabilidade, sob pena de nulidade. Aliás, o próprio dispositivo assim assenta, ao afirmar que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade do negócio jurídico processual nesses casos.

No entanto, cabe destacar que o negócio jurídico apenas será anulado se houver prejuízo. Nesse sentido, é o Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

16 - O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

Cita-se, também, os Enunciados 132 e 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que tratam da validade dos negócios processuais:

132 – Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios processuais.

403 – A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

2.5.5 DIREITOS QUE ADMITAM AUTOCOMPOSIÇÃO: ÓBICE À CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PELA FAZENDA PÚBLICA?

O artigo 190, do diploma processual civil, traz um requisito objetivo para a celebração de negócios jurídicos. Nos termos da norma, é necessário que o processo verse sobre “direitos que admitam autocomposição”.

Repare que o dispositivo não exige que o direito material envolvido seja disponível, mas sim que o processo possa ser solucionado mediante autocomposição. Didier Jr. (2015, p. 387), acompanhado pela doutrina majoritária, deixa claro que “o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direitos aos alimentos.”

Da mesma forma, Neves (2018, p. 395) exalta o legislador que não confundiu direito indisponível com direitos que não admitem autocomposição. Confira-se:

Conforme entendimento doutrinário unânime, o legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos processos que versem sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e os momentos de cumprimento da obrigação.

Em razão dessa importante distinção, é admitida a convenção processual no processo coletivo, ainda que os direitos difusos e coletivos sejam indisponíveis e o autor da ação seja o Ministério Público.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis também lançou enunciado sobre o tema na mesma direção anteriormente exposta:

135 - A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Destaca-se que essa distinção é essencial para a análise sobre a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócios jurídicos processuais, já que muitos dos direitos defendidos por ela são indisponíveis, no entanto, admitem solução por autocomposição. Prova disso é que o artigo 10, parágrafo único, da Lei 10.529, de 12 de julho 2001, e o artigo 8º, da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, admitem a celebração de acordos para solução do feito quando a Fazenda for parte em processos em curso nos Juizados Especiais. Confere-se:

- Lei 10.259, de 2001:

Artigo 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

- Lei 12.153, de 2009:

Artigo 8º Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

Da mesma maneira, a Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997, também prevê expressamente a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar acordos para prevenir ou encerrar litígios, bem como autoriza, em determinados casos, a não propositura de ações e a dispensa de interposição de recursos pela Fazenda.

Observa-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público¹ é o principal argumento que leva alguns doutrinadores a defenderem a impossibilidade de a Fazenda Pública firmar negócio jurídico processual. Isso porque, nas palavras de Mazza (2013, p. 83):

o subprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos dos interesses por eles defendidos. Assim, no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo.

No entanto, conforme já salientado, a indisponibilidade do direito material nem sempre implicará na indisponibilidade do direito processual. Exemplo disso é que os contratos administrativos que possuem como objeto um direito indisponível podem conter cláusula de eleição de foro. Portanto, o simples fato de o interesse público ser indisponível não significa que a Fazenda Pública está impedida de firmar acordos processuais.

Aliás, cabe destacar que o próprio artigo 174, do Código de Processo Civil, determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Artigo 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Ora, se o próprio diploma processual civil, bem como as demais leis citadas anteriormente, autorizam a solução consensual de conflitos, não há qualquer lógica em

¹ Entende-se por interesse público o interesse da coletividade (interesse público primário), o que não se confunde com o interesse da máquina estatal (interesse público secundário).

invocar o princípio da indisponibilidade do interesse público para impedir que a Fazenda Pública celebre convenções no âmbito processual.

Sobre esse assunto, é importante trazer as lúcidas palavras de Cunha (2017, p. 668) que bem defende a aplicação do artigo 190, do Código de Processo Civil à Fazenda Pública:

Há quem diga que a Fazenda Pública não pode celebrar negócio processual quando haja ofensa ao interesse público, estando livre para sua celebração quando se destinar a obter um melhor desenvolvimento do processo.

A indisponibilidade do interesse público não deve ser invocada como impedimento à celebração de negócio processual pela Fazenda Pública. É possível, até mesmo, haver negócios processuais para fortalecer situações jurídicas processuais do ente público. A indisponibilidade do direito material não implica necessária indisponibilidade do direito processual. Mesmo quando os interesses em disputa sejam indisponíveis, há margem para a celebração de convenções ou acordos processuais, por exemplo, a eleição de foro, a suspensão do processo, a dilação de prazos e a redistribuição do ônus da prova.

A indisponibilidade do direito material não acarreta, por si só, a indisponibilidade sobre o processo, nem a impossibilidade da celebração de negócio jurídico processual. Não basta afirmar a presença de um “interesse público” para rejeitar a possibilidade de negócio processual.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis também não enxerga o princípio da indisponibilidade do interesse público como sendo barreira intransponível para a celebração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, conforme se observa do Enunciado 256:

256 - A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.

Diante do exposto, resta mais do que patente que o princípio da indisponibilidade do interesse público não deve ser utilizado como argumento para impedir o acordo jurídico processual no âmbito da Fazenda Pública.

3. A FAZENDA PÚBLICA E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

As características dos negócios jurídicos processuais acima elencadas revelam a inexistência de qualquer incompatibilidade com o regime a que se submete a Fazenda Pública. Pelo contrário, os atributos e particularidades dos negócios jurídicos

processuais apenas comprovam a possibilidade de aplicação desse instrumento processual no âmbito da Fazenda.

Ademais, conforme se extrai dos artigos do Código de Processo Civil que regulam o tema, verifica-se que se o legislador não trouxe qualquer empecilho à celebração dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda, não cabe ao intérprete, utilizando-se de interpretação restritiva, fazê-lo. Afinal, se os requisitos constantes na norma para a celebração do acordo estão presentes, não há amparo legal para proibir a sua utilização no âmbito fazendário.

No entanto, é importante ressaltar que o fato de a Fazenda Pública poder celebrar negócios jurídicos processuais não significa a inexistência de limites para sua atuação.

Cunha (2017, p. 669), autor já mencionado anteriormente, aponta três hipóteses em que o advogado público, na condição de representante da Fazenda, não estaria autorizado a celebrar o acordo processual: quando o negócio implicar disposição do objeto litigioso do processo; se houver regramento legal ou administrativo vedando a sua celebração e se não for observado o princípio da isonomia.

Câmara (2017, p. 126) também traça limites à celebração de convenções processuais:

O negócio jurídico processual também não pode afastar posições jurídicas que sejam inerentes ao modelo processual adotado no Brasil, como se daria, por exemplo, com um negócio jurídico processual que dispensasse o contraditório ou a boa-fé (FPPC, enunciado 6: “O negócio processual não pode afastar posições jurídicas que sejam inerentes à boa-fé e cooperação”). Do mesmo modo, não se admite negócio jurídico processual destinado a excluir a intervenção obrigatória do Ministério Público no processo (FPPC, enunciado 254), ou a intervenção do *amicus curiae* (FPPC, enunciado 392).

Da mesma forma, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 339), ao comentarem o art. 190, do Código de Processo Civil, estabelecem restrições aos acordos processuais, deixando claro que a vontade das partes não pode violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No que tange aos poderes e faculdades das partes – leia-se, direitos das partes – é preciso examinar o acordo na perspectiva do regime de renúncia aos direitos fundamentais. Acordos que importem em violação

do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais são nulos. E fundamentalmente: acordos que importem renúncias sem benefício correlato proporcional são nulos.

Ademais, cabe acrescentar que a celebração de um negócio jurídico processual deve servir de instrumento para alcançar o interesse público primário, entendido como sendo, nas palavras de Carvalho (2015, p. 57), “composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos enquanto partícipes da coletividade, não se confundindo com a vontade da máquina estatal, a qual se configura o interesse secundário”.

Ressalta-se que o negócio jurídico processual atende o interesse público primário quando, sem prejudicar o erário, traz maior celeridade e eficiência ao processo. Afinal, arrastar um processo judicial por anos, simplesmente para cumprir todos os procedimentos previstos na lei, sem qualquer razoabilidade, por certo fere de morte o interesse público. Nesse sentido, Teixeira (2016, p. 288):

Nesse sentido, atende o interesse público a atuação, mesmo judicial, do ente fazendário quando busca uma solução mais eficiente dos feitos em que figura como parte. A Fazenda Pública não pode manter-se distante de valores inerentes a um processo construído a partir de comportamentos cooperativos. O advogado público precisa fazer uma análise de sua atuação visando contribuir para a construção de um processo judicial mais eficiente. É certo que esta análise é exigível de todos os advogados, mas para os advogados públicos esta ideia ganha maior importância na medida em que é partícipe da administração Pública, figurando como agente responsável por zelar pelo interesse público.

No sentido aqui proposto estará agindo de forma inadequada, por exemplo, o Procurador que ciente de que o ente público lhe faculta desistir da demanda de irrisório valor, insiste em arrastá-la no tempo, ou então, quando interpõe recurso, manifestamente infrutífero, quando a lei autoriza sua renúncia.

A propósito, o relatório “100 maiores litigantes” do Conselho Nacional de Justiça, de 2012, revela que a Fazenda Pública ocupa posição de destaque nesse ranking. Certamente, a aplicação do instituto dos negócios jurídicos processuais no bojo dos processos em que a Fazenda Pública é parte tem grande potencial para reduzir as demandas contra e por ela ajuizadas todos os anos, colaborando para a concretização dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da eficiência, na medida em que fomentará a efetividade/eficiência do processo.

Portanto, o diálogo entre as partes para estabelecer alterações no procedimento é instrumento capaz de promover uma tutela efetiva e tempestiva, e não pode ser arrancado da Fazenda Pública. Até mesmo porque não há qualquer lógica em se negar à Fazenda a possibilidade de celebrar o negócio processual, e, ao mesmo tempo autorizá-la a solucionar conflitos mediante arbitragem.

É importante, nesse momento, trazer novamente à baila a posição de Teixeira (2016, p. 290) em relação ao tema. O autor, de forma bastante coerente, deixa claro que os negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública devem ser os atinentes a questões procedimentais e não podem ocasionar prejuízo ao erário. Confere-se:

A partir desta premissa tem-se que os negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública devem ser aqueles atinentes a aspectos procedimentais, que podem conduzir a um melhor desenvolvimento do processo e ao alcance mais rápido e eficaz de seus objetivos. Tem assim total pertinência um acordo que implique, por exemplo, a exclusão de determinado meio de prova ou a realização antecipada da atividade probatória, a não interposição de certo recurso, a não propositura de alguma medida judicial, a redução ou a ampliação de algum prazo judicial.

Inadmissível, no entanto, a celebração de negócios processuais que impliquem prejuízo aos interesses públicos, assim entendidos aqueles acordos que conduzam, ainda que indiretamente, a uma mutilação de verdadeiros direitos da Fazenda Pública, importando, desse modo, prejuízo ao erário.

Nesse cenário, não haveria qualquer problema em, por exemplo, a Fazenda Pública acordar com a parte em reduzir algumas de suas prerrogativas processuais, como o prazo em dobro para suas manifestações (artigo 183, do Código de Processo Civil), se isso não acarretar prejuízo para sua atuação.

No entanto, tendo em vista que a celebração dos referidos negócios poderá implicar na renúncia de prerrogativas, é bem possível que os advogados públicos, temendo a atuação de órgãos de controle como Ministério Público e Tribunal de Contas, se esquivem de celebrar tais acordos processuais para não serem, no futuro, responsabilizados funcionalmente sob a acusação de estarem dispondo do interesse público.

Diante disso, é necessário dar segurança jurídica à atuação dos procuradores, através da criação de normas que prevejam em que hipóteses os negócios jurídicos

poderão ser celebrados. Caso contrário, haverá grandes chances de o instituto não ser utilizado e acabar se tornando, no âmbito da Fazenda Pública, letra morta.

Até mesmo porque, o negócio jurídico processual atípico é um instrumento novo no direito brasileiro, havendo inúmeras dúvidas a seu respeito e escassa jurisprudência sobre o assunto. Assim, é preciso ter bastante cautela em sua utilização para evitar que ele seja usado indiscriminadamente e abra margem para o mau trato com a coisa pública.

É prudente que o procurador, ao decidir-se por firmar negócios processuais, motive o seu ato, demonstrando em que medida o interesse público será atingido. Um acordo, por exemplo, para não interpor recurso quando se sabe das enormes chances da Fazenda Pública de lograr êxito, por certo não atende ao interesse público e, portanto, não poderá ser celebrado.

Da mesma forma, é vedado ao advogado público firmar convenções processuais quando houver violação à lei ou a ato infralegal que regula sua atuação (pareceres, súmulas administrativas e outros).

Nesse contexto de regulamentação, é importante trazer à memória a experiência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Foram editadas as seguintes portarias dispondo sobre a celebração dos negócios jurídicos processuais no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: Portaria nº. 360, de 13 de junho de 2018, posteriormente alterada pela Portaria nº. 515, de 20 de agosto de 2018, e Portaria nº. 742, de 21 de dezembro de 2018.

Ressalta-se que a Portaria nº. 360, de 13 de junho de 2018, que sofreu alterações pela Portaria nº. 515, de 20 de agosto de 2018, tem caráter mais geral, autorizando a celebração de negócios jurídicos processuais nas seguintes hipóteses elencadas no artigo 1º:

- I – Cumprimento de decisões judiciais;
- II – Confecção ou conferência de cálculos;
- III – Recursos, inclusive a sua desistência;
- IV- Forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores, quando for o caso;
- V- Prazos processuais;
- VI – Ordem de realização dos atos processuais, inclusive em relação à produção de provas.

A referida Portaria nº. 360, de 2018, estabelece limites, nos quais é vedada a celebração do negócio jurídico processual, conforme se extrai de seu artigo 1º, parágrafo único:

Parágrafo único: É vedada a celebração de negócio jurídico processual:
I – cujo cumprimento depender de outro órgão, sem que se demonstre a sua anuência prévia, expressa e inequívoca;
II – que preveja penalidade pecuniária;
III- que envolva qualquer disposição de direito material por parte da União, ressalvadas as hipóteses previstas na Portaria PGFN nº. 502, de 12 de maio de 2016, e na Portaria PGFN nº. 985, de 18 de outubro de 2016;
IV- que extrapole os limites do art. 190 e 191, do Código de Processo Civil;ou
V – que gere custos adicionais à União , exceto se aprovado prévia e expressamente pela Procuradoria-Geral Adjunta competente.

Já a Portaria nº. 742, de 21 de dezembro de 2018, é mais específica e rege a celebração dos negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal.

Nota-se que, em todas as portarias mencionadas, a celebração de negócios jurídicos processuais não é feita de forma indiscriminada. Pelo contrário, busca-se sempre preservar o interesse público, conjugando-se a eficiência no trato do processo judicial com a proteção aos cofres públicos.

Verifica-se que, por ser um tema bastante novo, ainda não é possível afirmar com precisão qual tem sido o volume dos negócios jurídicos processuais firmados no âmbito da Fazenda Pública. Mas o fato de já existirem normas regulamentando o instituto, como no citado caso da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por certo já é um indício do esforço em efetivar o instrumento em questão.

Acredita-se que, em breve, novos entes, seguindo o caminho perfilhado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, também normatizarão o instituto no âmbito interno, conferindo maior segurança jurídica para que os advogados públicos, atendendo ao interesse público de eliminação de atos burocráticos desnecessários, celebrem negócios jurídicos processuais.

A convenção processual concretiza o modelo de processo cooperativo defendido pelo novo Código de Processo Civil (artigo 6º) e prioriza mais o resultado da demanda do que meras formalidades. Por tudo isso, tem grandes chances de ser instrumento efetivo para conferir maior celeridade aos processos, solucionando em tempo hábil milhares de demandas nas quais a Fazenda Pública figura como parte.

CONCLUSÃO

Com o advento do artigo 190, do Código de Processo Civil, tornou-se inquestionável a possibilidade de celebração de convenções processuais sobre mudanças no procedimento e sobre alterações dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Verificou-se na presente pesquisa que essa faculdade de firmar negócios jurídicos processuais não está restrita aos particulares, podendo também ocorrer no âmbito da Fazenda Pública. Isso porque, conforme defendido por Neves (2018), Didier Júnior (2015), Cunha (2017), Câmara (2017) e outros doutrinadores, a legislação não trouxe qualquer restrição à Fazenda, não constituindo empecilho à celebração de convenções processuais o requisito legal de que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição.

Ressalta-se que muitos autores invocam o citado requisito para negar à Fazenda Pública a possibilidade de firmar as convenções processuais. No entanto, o fato de um direito discutido em determinado processo ser indisponível não exclui a possibilidade de que a solução do feito seja conquistada por meio da autocomposição. Prova disso é que diversas normas presentes no ordenamento jurídico, como a Lei 10.529, de 2001, a Lei 12.153, de 2009, a Lei 9.469, de 1997 e o próprio Código de Processo Civil, trazem dispositivos que autorizam a Fazenda Pública a celebrar acordos mesmo quando o direito material envolvido é indisponível.

Da mesma forma, não há amparo legal para que o princípio da indisponibilidade do interesse público seja utilizado como obstáculo à celebração de negócios jurídicos processuais, até mesmo porque tal instrumento concretiza o princípio na medida em que traz maior celeridade e eficiência ao processo. Cumpra-se com o negócio jurídico processual a ordem constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Entretanto, restou demonstrado também que há limites para a celebração de negócios jurídicos processuais, não podendo serem eles utilizados de forma arbitrária, sob pena de ocasionar danosos prejuízos ao erário.

Ademais, consignou-se que para evitar que esse instrumento legal não seja aplicado à Fazenda Pública em virtude do temor de seus procuradores de serem responsabilizados funcionalmente, já que a celebração de convenções processuais pode acarretar na renúncia de algumas prerrogativas, foi sugerido que os órgãos da administração regulamentem o instituto, assim como feito no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Não se pode deixar de comentar, ainda, sobre a importância e o avanço trazido pelo legislador através da figura dos negócios jurídicos processuais, principalmente no que tange à possibilidade de conferir maior celeridade e eficiência aos processos, além de permitir que as partes tenham autonomia para, dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico brasileiro, chegarem à solução consensual do feito. Não há como negar à Fazenda Pública a utilização desse valioso instrumento, já que inexistente qualquer incompatibilidade entre o negócio jurídico processual e o regime aplicado à Fazenda Pública.

Enfim, nas palavras de Redondo (2016, p. 233), “ignorar-se a redação dos arts. 190 e 200 do NCPC, ou interpretar ditos dispositivos de forma a inviabilizar ou a restringir indevidamente a sua aplicação, será mais do que ilegal e inconstitucional: será antidemocrático”.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, José Henrique Mouta Araujo. CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. RODRIGUES, Marco Antônio. Coleção Repercussões do Novo CPC. In: TEIXEIRA, José Roberto Fernando. **Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública**. v.3. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 1º de nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 1º de nov. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3.ed.- São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** – volume único/ 2. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

CNJ. **100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em 15 de dez. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil I**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JÚNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Mazza, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Disponível em: <http://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais> Acesso em 1º de nov. 2018.

WAMBIER, Luis Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral e processo**. 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. In: REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONTRATAÇÃO DE CURSOS A LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 850/2012 – SESCOOP: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA

COURSE CONTRACTING IN THE LIGHT OF RESOLUTION 850/2012 - SESCOOP:
A CRITICAL ANALYSIS FROM THE ADMINISTRATIVE DOCTRINE

Demétrius Augustus Gonçalves

Resumo: Partindo da premissa que as entidades integrantes do Serviço Social Autônomo recebem recursos de natureza pública, têm elas a obrigatoriedade de instaurarem procedimentos administrativos prévios a quaisquer aquisições e contratações. Nesse diapasão, o presente artigo objetiva identificar as possibilidades de enquadramento das contratações de curso no âmbito da Unidade Nacional do SESCOOP, sob a égide do seu Regulamento de Licitações e Contratos. A partir dessa identificação, será feita uma breve análise crítica do enquadramento da contratação direta (dispensa x inexigibilidade) à luz da doutrina dominante. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, em especial as normas jurídicas que regem o assunto. Os objetivos específicos foram: citar as hipóteses de contratações diretas previstas no regulamento de licitações e contratos do SESCOOP; compreender os conceitos de objeto singular, profissional de notória especialização e serviços técnicos profissionais especializados; analisar, a luz da doutrina, as hipóteses de dispensa de licitação previstas na Regulamento do SESCOOP para contratações de cursos, congressos, e outros objetos congêneres.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratações públicas. Dispensa. Inexigibilidade. Resolução 850/2012 – SESCOOP

Abstract: Assuming that the members of the Autonomous Social Service receive public funds, they are required to institute administrative procedures prior to any acquisitions and hiring. In this tuning fork, this article aims to identify the possibilities of framing course hiring within the scope of the National Unit of SESCOOP, under the aegis of its Bidding and Contracts Regulation. From this identification, a brief critical analysis will be made of the framework of direct contracting (waiver x unenforceability) in the light of the dominant doctrine. To this end, the methodology used was bibliographic research, especially the legal rules governing the subject. The specific objectives were: to cite the hypotheses of direct hiring provided for in the SESCOOP bidding and contract regulation; understand the concepts of singular object, professional of notorious specialization and specialized professional technical services; analyze, in light of the doctrine, the hypotheses of exemption from bidding provided for in the SESCOOP Regulations for hiring courses, congresses, and other similar objects.

Keywords: Administrative law. Public contracts. Procurement waiver. Procurement unenforceability. Normative 850/2012 - SESCOOP.

INTRODUÇÃO

O Regulamento de Licitações e Contratos do SESCOOP, em seus artigos 9º e 10, contempla as hipóteses de contratações diretas. Tais contratações constituem exceção ao dever de licitar e decorrem de situações em que o certame é dispensável ou inviável.

Importante ressaltar que o rito licitatório será dispensável nos casos elencados num rol taxativo composto de dezessete incisos. Em que pese a possibilidade de instauração de certame, o normativo facultou ao administrador o juízo de conveniência e oportunidade entre dispensa e licitação. Por outro lado, o normativo consigna, no artigo 10, um rol exemplificativo que será aplicado em casos em que a licitação seja inviável. Essa inviabilidade decorre, em síntese, de situações em que é inviável a competição entre os potenciais contendores.

Dessa forma, será realizada uma análise sucinta das possibilidades de enquadramento das contratações diretas de cursos de capacitação com foco nos ensinamentos doutrinários acerca desse objeto (cursos) com características peculiares.

1. DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

1.1. NATUREZA JURÍDICA

Inicialmente, cumpre destacar que existe uma controvérsia sobre a natureza jurídica das Entidades do Sistema “S”. Também chamadas de Entes de colaboração ou Entes paraestatais, essas Entidades não integram a estrutura da Administração Pública Direta nem Indireta, mas caminham ao lado do Estado, em regime de cooperação, desempenhando atividades de relevante interesse público e social. Por isso, são subvencionadas, por meio de contribuições parafiscais, para atuarem em importantes áreas, tais como: educação profissionalizante, cultura e outras.

A Controladoria Geral da União (Brasil, 2004) assim se pronunciou:

Essas entidades, embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração Direta nem a Indireta, mas trabalham ao lado do Estado,

cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, consideradas de interesse público de determinados beneficiados. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem, na sua manutenção, as contribuições parafiscais.

A divergência acerca da natureza jurídica decorre do fato de alguns doutrinadores entenderem que o Serviço Social Autônomo compõe a estrutura da Administração Indireta. Há de se ressaltar que esta decorre do instituto da descentralização do Estado, conferindo personalidade jurídica de direito público ou privado aos seus entes, com o fito de proporcionar efetividade a atuação estatal.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2003, p.362):

Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado; elas são o meio-termo entre o público e o privado e compreendem as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo poder público e os Serviços Sociais Autônomos.

Em que pese a personalidade jurídica das Entidades do Sistema “S” ser de direito privado, semelhantemente às Sociedades de Economia Mista, algumas Fundações Públicas e Empresas Públicas, as atividades desempenhadas por aquelas não decorrem de delegação, pois, para tal, é impositivo que o titular seja o próprio Estado, quer por meio dos Órgãos da Administração Direta, quer seja pelos Entes da Administração Indireta.

Nesse diapasão, as atividades desempenhadas pelos Serviços Sociais são incentivadas pelo Estado que, ao reconhecer a sua grande relevância e impacto na sociedade, passou subvencionar o particular. Logo, o papel do Estado é de fomentar. Se o caráter da atividade fosse de prestação de serviço público, o Estado executaria por meio dos institutos da desconcentração e/ou descentralização, mantendo, pois, a titularidade da execução.

Assim manifestou-se a Corte de Contas, por meio do Acórdão 3554/2014 – Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

Os serviços Sociais Autônomos realizam atividade privada de interesse público e, por isso, são incentivadas pelo Poder Público. Ou seja, não prestam serviço público delegado pelo Estado. A participação do Estado ocorre para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente para essa finalidade. É atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

1.2 ORIGEM DOS RECURSOS

As Entidades do Sistema “S” não integram a Administração Pública, mas sim realizam ações privadas de interesse público. Em virtude da grande importância social dessas ações, essas Entidades recebem subvenção do Estado para consecução de suas atividades-fim. Tais recursos são oriundos de contribuições compulsórias que incidem sobre a folha de pagamento de determinadas categorias e setores produtivos, consoante artigos 149 e 240 da Carta Magna.

Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas...

Art. 240 - Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades providas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Impende destacar que existe uma corrente doutrinária que defende que os recursos geridos pelos Serviços Sociais Autônomos são públicos, haja vista a sua natureza tributária. Ou seja, se tão somente o Estado tem o poder de tributar, os recursos advindos dessa competência só podem ser públicos. Além disso, essa corrente conceitua recurso público como todas as entradas de valores ou bens nos cofres públicos.

Por outro lado, existe outra corrente que conceitua receita pública como toda entrada definitiva cujos valores são incorporados na respectiva conta-contábil, acarretando alteração patrimonial. A partir desse conceito mais estrito, conclui-se que toda receita pública é uma entrada, mas o contrário não o é.

A Corte de Contas diverge quanto a natureza pública ou privada dos recursos geridos pelas Entidades do Sistema “S”, consoante Acórdãos 1785/2013 e 3554/2014, ambos do Plenário.

A manutenção dos Serviços Sociais Autônomos é efetivada por dotações orçamentárias, por contribuições incidentes sobre a folha de salários das empresas que pertencem à categoria correspondente e por receita de serviços. Esses recursos, sem dúvida, são de caráter público, em especial as contribuições, por terem natureza tributária – em vista da sua obrigatoriedade.

(...) os recursos não são públicos, mas apenas decorrentes de compulsoriedade legal, tal como a contribuição sindical.

Conforme depreende-se dos Acórdãos proferidos em Plenário, pela Corte de Contas, há uma cisão no entendimento acerca da natureza das contribuições, ou seja, uma corrente entende que a natureza pública decorre não só do ingresso das contribuições nos cofres, mas também da sua compulsoriedade. Por outro lado, há aqueles que fulminam essa classificação por entenderem que a natureza pública se dá no momento em que as receitas adentram definitivamente nos cofres, gerando impactos patrimoniais.

O presente artigo segue na esteira da ideia de que tais contribuições têm sim natureza pública pois além do ingresso nos cofres, fruto da obrigatoriedade contributiva, o que confere a elas características tributárias (só o Estado tem o poder de tributar), o seu conceito vai ao encontro da previsão contida na Lei 4.320/1964, em seu art. 3º e art. 11, abaixo transcritos:

Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

(...)

Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital.

§ 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

2. O COOPERATIVISMO E A CRIAÇÃO DO SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO COOPERATIVISMO

2.1 BREVE HISTÓRICO DO COOPERATIVISMO¹

O Cooperativismo teve sua gênese na Europa, mais precisamente na Inglaterra do século XVIII. Frise-se que a Revolução Industrial foi o marco histórico responsável por mudanças nas relações empregado-empregador, pois o surgimento das máquinas colocou em xeque a importância do trabalho humano, em especial aquelas tarefas cujas execuções seriam suscetíveis de substituição pelas operações mecanizadas e automatizadas.

Dessa forma, com o intuito de superar o difícil cenário socioeconômico, houve movimentos, liderados pela classe operária, em torno dos quais almejava-se a recuperação do poder de compra por meio de melhoria dos salários e da redução da jornada de trabalho.

Em virtude das tentativas fracassadas, um pequeno grupo de trabalhadores concluiu pela necessidade de mudança de estratégia até então empreendida. Naquele contexto, foi identificado que somente uma nova filosofia de união seria capaz de proporcionar uma alteração significativa daquele cenário tão penoso.

Um grupo de tecelões se reuniu e concluiu que determinados princípios basilares deveriam ser respeitados, tais como: respeito aos costumes e tradições, valorização do ser humano e estabelecimento de normas e metas para constituição de uma cooperativa. Após um ano de intenso trabalho, aquele pequeno grupo de vinte e oito tecelões conseguiu acumular \$28,00 libras esterlinas, capital aplicado na abertura de um pequeno negócio em *Rochdale*, na Cidade de Manchester.

Com a instalação daquele singelo armazém nascia, em 21/12/1844, a primeira cooperativa do mundo. O esforço empreendido por aquele grupo foi um marco no estabelecimento de princípios morais e de conduta que norteia até os dias atuais a filosofia e a doutrina da atividade cooperativista.

¹ Disponível em <http://www.somoscooperativismo.coop.br>; acesso em 12/04/2018

No Brasil, a atividade de cooperação remonta os idos do Brasil-Colônia. A primeira cooperativa em solo brasileiro, da qual se tem registro, foi a cooperativa de consumo em Ouro Preto/MG, cujas atividades iniciaram no ano de 1889. Na virada do século novas cooperativas surgiram no Rio Grande do Sul, em especial aquelas ligadas as atividades agrárias. Muitas dessas cooperativas tiveram a colaboração de imigrantes italianos e alemães que inseriram o *know-how* e experiência relacionados ao trabalho associativo e ao trabalho familiar comunitário.

O Cooperativismo, não como sistema alternativo, mas como instrumento para o desenvolvimento equilibrado, já existe em todos os países e em todos os setores da economia, sendo testado sob os mais diversos prismas durante um século e meio, tanto em países capitalistas, como em países comunistas. Sobreviveu a duas guerras mundiais e ressurgiu com toda a pujança neste terceiro milênio.

2.2 CRIAÇÃO DO SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO COOPERATIVISMO

O Sistema cooperativista no Brasil é constituído por três instituições com atuações distintas. No entanto, no desempenho de suas missões, elas convergem para um objetivo comum, que é o de fortalecimento do cooperativismo. São elas: a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) e Confederação Nacional do Cooperativismo (CNCOOP).

A OCB é a entidade representativa do cooperativismo no país. É a responsável pela promoção, fomento e defesa do cooperativismo brasileiro, em todas as instâncias políticas e institucionais. Já o SESCOOP tem como missão viabilizar a autogestão das cooperativas, por meio de programas de formação e qualificação profissional, promoção social e monitoramento das cooperativas com o objetivo de promover o desenvolvimento do cooperativismo. Por fim, a CNCOOP é a entidade de representação sindical patronal das cooperativas. Sua finalidade é a representação e a defesa dos direitos e interesses (individuais e coletivos) da categoria econômica, no âmbito extrajudicial e judicial.

O SESCOOP, integrante dos Serviços Sociais Autônomos, teve sua criação autorizada por meio do MP nº. 1715-40. Sua personalidade jurídica é de direito privado e foi instituído para organizar, administrar e executar o ensino de formação profissional, a promoção social dos empregados de cooperativas, cooperados, dirigentes de cooperativas e de seus familiares, e realizar o monitoramento das cooperativas em todo o território nacional, tendo autonomia administrativa e financeira.

No cumprimento de sua missão institucional, ele atua ao lado do Estado mediante o desempenho de atividades não lucrativas e de relevante interesse da sociedade, não integrando, pois, a Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Município) nem indireta (Autarquias, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações Públicas).

Por fim, importante ressaltar, ainda que de forma sintética, a diferença entre sociedade mercantil e sociedade cooperativa. Abaixo segue um quadro comparativo:

Sociedade Mercantil	Sociedade Cooperativa
Sociedade de capital	Sociedade de pessoas
Fins lucrativos	Sem fins lucrativos
Voto proporcional ao capital	Cada cooperado tem direito a um voto
Dividendos proporcionais ao valor das ações	Sobras e perdas rateadas de forma proporcional
Quórum baseado no número de ações	Quórum baseado no número de cooperados

Quadro 1 – Comparação sociedade mercantil e sociedade cooperativa

Fonte: o Autor

3. DO DEVER DE LICITAR

O Estado, em suas diversas facetas, tem a missão² de prover as necessidades da sociedade. Neste contexto, há algumas atividades que, mercê de sua importância para a coletividade, são subtraídas da esfera mercantil e atribuídas ao Estado. Dessa forma, para cumprir com suas funções, o Estado presta serviços e compra os mais diversos tipos de bens.

Em um Estado de Direito, a atuação estatal se pauta pela legalidade, em todas as suas dimensões, estatuída de acordo com a hierarquia normativa estabelecida pela Constituição. A adoção de uma Constituição rígida reforça o regime da legalidade, pois implica a adoção de um sistema de hierarquia das fontes jurídicas. A Constituição, como norma de hierarquia mais alta que a lei ordinária estabeleceu a obrigatoriedade de realização de um procedimento vinculado de atos sequenciados denominado licitação.

Portanto, é importante consignar que a obrigatoriedade de licitar decorre de um comando constitucional contido no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna do Brasil. Logo, aquele dispositivo impõe a todos os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, dos três poderes, e dos três níveis federativos, a instauração de procedimento administrativo prévio a aquisição de bens, contratações de serviços, locações e alienações, sempre observando dois pressupostos, a saber: julgamento objetivo e ampla competitividade.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...)

Nesse sentido, foi editada a Lei nº. 8.666/93, que regulamentou o inciso XXI do art. 37, da Constituição Federal, e instituiu normas para realização de licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.

² Artigos 173 e 175 da Constituição Federal

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.494) conceitua licitação como:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se reveste mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação como procedimento administrativo formal e preliminar a qualquer contratação tem duas finalidades a serem alcançadas. A uma é o atendimento a demanda; a duas é a observância e o cumprimento de formalidades. Ou seja, a licitação tem o condão de cumprir a finalidade material (objeto) e a finalidade legal (observância de normas e princípios).

O SESCOOP como Entidade integrante do Serviço Social Autônomo recebe recursos públicos oriundos da folha de pagamento de determinados setores produtivos. Tais recursos são de natureza pública em virtude da compulsoriedade de sua contribuição. Logo, o dever de licitar advém da origem pública dos recursos que o SESCOOP administra.

Em que pese a obrigatoriedade das entidades integrantes do Sistema S de realizarem suas contratações e aquisições por meio de certame licitatório, elas não se submetem aos termos da Lei 8.666/1993, em razão da inexistência de previsão expressa no art. 1º, parágrafo único, abaixo transcrito:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão 907/1997, pacificou o entendimento acerca da necessidade (ou não) das entidades do Sistema S aplicarem a Lei Geral de Licitações. A referida decisão estabeleceu que as entidades do Sistema “S” devem observar os princípios que regem a Administração Pública - Legalidade;

Impessoalidade; Moralidade; Publicidade e Eficiência -, não estão, pois, adstritas a Lei 8666/1993.

3.7. A Lei nº 8.666/93 não poderia alargar o seu alcance, extrapolando o permitido pela Constituição, a entidades não pertencentes à Administração Direta e Indireta, e não o fez, conforme se depreende do parágrafo único do art. 1º, ao subordinar às normas para licitações e contratos da Administração Pública "além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios". A expressão 'entidades controladas' diz respeito apenas às empresas ou sociedades nas quais a União ou suas empresas considerando-se a Administração Pública Federal -- detenha a maioria absoluta dos direitos de voto, nos termos do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76.

3.8. Assim, tanto o parágrafo único do art. 1º quanto o art. 119 da Lei nº 8.666/93 não podem abranger os serviços sociais autônomos porque eles não se inserem entre as entidades que compõem Administração Pública e tampouco são entidades controladas direta ou indiretamente pela União, nos termos definidos na Lei das Sociedades por Ações.

3.9. ... o que tipifica o gênero 'serviço social autônomo' é sua relativa independência, uma vez que no entender de diversos doutrinadores, não integram as denominadas 'Administração Direta' e 'Administração Indireta' mas trabalham ao lado do Estado, e como desempenham tarefas consideradas de relevante interesse, recebem a oficialização do Poder Público, que lhes fornece a autorização legal para que arrecadem de forma compulsória recursos de parcela da sociedade e deles se utilizem para a manutenção de suas atividades: as denominadas contribuições parafiscais.

4. DA AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PELAS ENTIDADES DO SISTEMA “S”

Uma vez esclarecidos o regime jurídico do Serviço Social Autônomo; a natureza dos recursos por elas geridos; e a necessária observância aos princípios norteadores da Administração Pública, colacionamos pequeno trecho do Acórdão 519/2014 - Plenário por meio da qual a Corte de Contas sedimentou a convicção de que essas Entidades não estão adstritas a Lei 8666/93, mas sim a Regulamentos Próprios.

Da tensão dialética imposta pelos referenciados dispositivos constitucionais é que se conforma o conceito de autonomia dos Serviços Sociais Autônomos. Não se lhes aplicam as normas da Administração Pública, somente os princípios constitucionais e legais.

Logo, por receberem recursos públicos, as Entidades do Sistema “S” devem instaurar procedimento administrativo preliminar às aquisições e contratações. No curso desse procedimento, que é uma sequência de atos vinculados, devem obedecer a uma série de princípios insculpidos na Carta Magna e em normas legais.

Nesse diapasão, com fulcro na Decisão paradigmática nº 907, foi constituído um grupo técnico formado por integrantes de todas as Entidades com o fito de conceber o Regulamento de Licitações e Contratos. Sua mais recente atualização data do ano de 2012.

Art. 1º - As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SESCOOP serão necessariamente precedidas de licitação, obedecidas às disposições deste Regulamento.

Art. 2º - A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SESCOOP e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.

Art. 3º - A licitação não será sigilosa, sendo acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

4.1 DAS MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

As modalidades de licitação identificam as características e o processamento do certame. Dessa forma, elas têm o condão de regular o procedimento de seleção da proposta mais vantajosa (prazos e valores). A estrutura atribuída a essa série ordenada de atos pode variar segundo o objetivo a ser atingido.

No tocante a expressão modalidade, relevante relembrar as palavras de Marçal Justen Filho (2008, p.89):

A expressão ‘modalidade’ é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e aos fins buscados. Na esteira do pensamento de ADISLSON A. DALLARI, as diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões acessórias, tais como âmbito de publicação, prazo de divulgação, valor econômico da contratação. As diferenças retratam a necessidade de adequar a disputa ao objeto a ser contrato.

O artigo 5º da Resolução nº 850/2012 contemplou cinco modalidades. Sob uma análise doutrinária, Marçal Justen Filho (2005, p.195) classifica as modalidades em comuns, abrangendo as hipóteses dos incisos I, II e V; e em especiais, incisos III e IV. Tal diferenciação é derivada dos fins específicos atribuídos pela lei às modalidades concurso e leilão. Ao contrário destas, os procedimentos dos incisos I, II e V são aplicáveis a qualquer tipo de contratação.

Art. 5º. São modalidades de licitação:

I. Concorrência: modalidade de licitação na qual será admitida a participação de qualquer interessado que, na fase inicial de habilitação, comprove possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no instrumento convocatório para execução de seu objeto.

II. Convite: modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, escolhidos e convidados em número mínimo de 5 (cinco, com antecedência mínima de 2 (dois) dias úteis, cujo instrumento convocatório será afixado em local apropriado, com a finalidade de possibilitar a participação de outros interessados;

III. Concurso: modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores;

IV. Leilão: modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

V. Pregão: modalidade de licitação entre quaisquer interessados para aquisição de bens e serviços, qualquer que seja o valor estimado da contratação, realizada em sessão pública, podendo ser presencial, com propostas impressas e lances verbais, ou ambiente internet, com propostas e lances eletrônicos, vedada a sua utilização para contratação de obras e serviços de engenharia.

Quanto ao enquadramento da modalidade, ele está intimamente associado a observância de dois critérios, a saber: valor da contratação e /ou especificações do objeto.

Sob o enfoque do valor, as modalidades aplicáveis são aquelas denominadas de Comuns pelo Doutrinador Marçal Justen Filho. Nesses casos, a subsunção não decorre da natureza ou peculiaridades do objeto, exceto na concorrência, cuja aplicação decorre dos valores altos ou das características do objeto pretendido. Por outro lado, as modalidades denominadas especiais são aplicáveis quando o critério de enquadramento se estriba na natureza do bem, independente dos valores estimados para a contratação.

Frise-se que o critério para enquadramento da modalidade - limite de valor - está previsto no artigo 6º da referida Resolução.

Noutro diapasão, os tipos de licitação indicam a forma pela qual as propostas serão julgadas, consubstanciando pressuposto básico do princípio do julgamento objetivo e representam o cerne do objeto licitado, no que mais interessa à Administração para a sua fiel execução (PEREIRA JÚNIOR, 2009).

O julgamento objetivo é, pois, princípio inafastável do procedimento licitatório e sua concretização só pode viabilizar-se a partir da especificação, no edital, do tipo de licitação mais adequado ao objeto pretendido, fundamentando a definição precisa dos fatores e critérios a serem utilizados (MOTTA, 2002).

Da mesma forma que as modalidades, o rol de tipos de licitação também é taxativo e está codificado no artigo 8º da Resolução:

Art. 8º Constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço;

II - a de técnica e preço;

III - a de maior lance ou oferta, nas hipóteses do inciso III

Quanto a hipótese contemplada no inciso I, não é suficiente que a proposta ofertada seja a de menor preço absoluto para sagrar-se vencedora. É pressuposto de validade que, além disso, tal proposta atenda a todas as condições quanto às especificações estabelecidas no edital, e não contenha preço excessivo nem inexequível, sob pena de ser desclassificada do certame.

No caso da técnica e preço, os dois parâmetros são importantes. Assim, no próprio edital de licitação deve estar clara a atribuição do peso de cada um dos parâmetros (preço e qualidade técnica) para que seja possível a obtenção de uma média ponderada.

A licitação do tipo técnica e preço foi reservada para situações especialíssimas. Assim, o edital ou carta-convite, quando adotar esse tipo de licitação, não estabelecerá um mínimo de técnica nem um preço máximo. As propostas técnicas serão classificadas de acordo com os fatores e critérios previamente indicados.

Após tal procedimento, serão avaliadas as propostas de preço, sendo que a classificação final será feita por meio da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, as quais ficarão obviamente sujeitas à desclassificação na hipótese de ocorrer um dos casos elencados no artigo 48 da Lei 8.666/93, cuja aplicação dar-se-á de forma subsidiária.

5. DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE CURSOS, CONGRESSOS E CONFERÊNCIAS PELO SESCOOP

5.1 DA SINGULARIDADE E DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Impende destacar que para cumprir suas missões institucionais o SESCOOP necessita adquirir bens e contratar serviços. Tem-se que as premissas legais e norteadoras são a de licitar com base em regulamento próprio e o de observância aos princípios constitucionais e legais.

Frise-se, contudo, que a resolução faculta ao Gestor a possibilidade de dispensar a instauração de certame caso ocorram situação elencadas nos incisos constantes do artigo 9º, cujo rol de hipóteses é exaustivo. Outra possibilidade de contratação direta está prevista no artigo 10 e esta decorre da impossibilidade de se instaurar competição.

As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve a inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser

contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Dessa forma, é relevante trazer à baila alguns conceitos que impõe dificuldades aos gestores por ocasião da aplicação do Normativo que regulamenta as atividades inerentes aos processos de contratações no âmbito do SESCOOP. Dentre esses conceitos estão o de singularidade e o de notória especialização. Ambos orbitam as contratações de cursos, palestras, conferências, seminários e outras atividades afins e congêneres à capacitação e ao treinamento de pessoal.

Nesta senda, objeto singular é todo aquele que possui características e peculiaridades que o tornam diferente dos demais. Essa análise parte de um estudo do núcleo do objeto, que é o responsável por conferir a necessária peculiaridade, e sobre o qual é possível identificar a singularidade. Segundo o Professor Luiz Claudio de Azevedo Chaves (2014, p.129), “chamamos de núcleo do objeto do serviço a parcela da execução que lhe dá identidade, que materializa a execução”.

Aliás, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.502) ensina que a singularidade ocorre quando, ainda que exista mais de um agente apto à satisfação da necessidade pública, a contratação de um ou outro não é indiferente, em razão de peculiaridades na prestação do objeto que não podem ser comparadas de forma objetiva. Vale a transcrição de sua lição:

A singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que estes fossem pessoas de excelente reputação.

Os serviços de capacitação de pessoal se revestem de variáveis que exigirão do seu executor habilidades específicas para o seu cumprimento. Se por um lado, essas variáveis, as quais podemos denominar de obrigações acessórias, são objetivamente definidas (objetivos, conteúdo programático, carga horária e etc.), a obrigação principal, que é a execução propriamente dita, se reveste de subjetividade. Logo, podemos concluir que o núcleo do objeto nos serviços de capacitação é a “aula” (AZEVEDO CHAVES, 2014).

Dessa forma, estamos num clássico caso em que a atuação do executor do serviço é determinante (professor, palestrante, conferencista e outros) para a consecução do objeto pretendido. Daí a dificuldade de mensuração de desempenho entre dois profissionais, visto que cada um possui metodologia e expertise própria, impossibilitando o estabelecimento de critérios objetivos de comparação de propostas.

O núcleo do objeto “aula” é tão peculiar que cada professor/palestrante/conferencista poderá adotar a sua didática, ainda que diferentes, para a execução de um mesmo objeto. Ou ainda, um mesmo profissional, ao ministrar curso idêntico, em ocasiões diferentes, poderá adotar metodologias diversas em virtude da heterogeneidade do universo que compõe cada turma. Tudo isso constitui um arcabouço que aponta para a impossibilidade de definição de projeto prévio por parte desses profissionais.

Corroborando com o entendimento de que cada aula conduzida se reveste de peculiaridades ímpares, e da impossibilidade de comparação objetiva dos potenciais executores, trazemos o ensino de Ivan Barbosa Rigolim (1993, p.176):

A metodologia empregada, o sistema pedagógico, o material e os recursos didáticos, os diferentes instrutores, o enfoque das matérias, a preocupação ideológica, assim como todas as demais questões fundamentais, relacionadas com a prestação final do serviço e com os seus resultados – que são o que afinal importa obter -, nada disso pode ser predeterminado ou adrede escolhido pela Administração contratante. Aí reside a marca inconfundível do autor dos serviços de natureza singular, que não executa projeto prévio e conhecido de todos mas desenvolve técnica apenas sua, que pode inclusive variar a cada novo trabalho, aperfeiçoando-se continuamente.

Conclui-se que os serviços de natureza singular, em virtude de sua complexidade executória, exigem um profissional de especial qualificação. Ou seja, é a singularidade do objeto que faz surgir a necessidade de contratação de um profissional de notória especialização, assim considerado aquele que, em síntese, como consequência de sua experiência acumulada e realizações profissionais, possui grau de respeitabilidade capaz de convencer que, no seu campo de atuação, o seu trabalho é o que mais atende à demanda da contratante.

Joel Menezes Niebuhr (2011, p.195) assim assevera:

(...) dado que os elementos em apreço devem revelar que o trabalho do especialista é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (...). Melhor dizendo, o objeto do contrato é que determina o tipo de especialista ser contratado.

Em sentido diametralmente oposto ao conceito de serviço singular está o conceito de bens e serviços comuns trazido pelo artigo 1º da Lei do Pregão: “Bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado”.

Em que pese a existência da conceituação legal de bens e serviços comuns, tal definição pode trazer incertezas e inseguranças na classificação de determinado objeto, configurando um conceito amplo, incompleto e que aponta para aquilo que os juristas denominam de conceito jurídico indeterminado.

Assim, a doutrina amadureceu a definição de bens e serviços comuns e a arrimou em dois pilares, a saber: padronização e disponibilidade. Deve, pois, ser considerado bem ou serviço comum aquele possível de ser localizado no mercado, possuindo atributos e qualidades predeterminados, com características invariáveis e com diferenças mínimas ou irrelevantes.

Segundo Marçal Justen Filho (2005, p.30):

O conceito de bem ou serviço comum comporta, em essência, duas características: disponibilidade no mercado próprio e padronização. Em outras palavras, o produto a ser adquirido, para ser considerado comum, deve estar disponível para comércio usual sem qualquer inovação, modificação ou peculiaridade de características.

Dessa forma, concluímos pela impossibilidade de aplicação do conceito de serviço comum aos serviços de treinamento e capacitação uma vez que neles não há padronização de desempenho, ainda que existam variáveis em torno do objeto que sejam intercambiáveis (carga horária e conteúdo programático).

5.2 DA INEXIGIBILIDADE E DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE CURSOS

O Capítulo IV da Resolução nº 850/2012 elenca as hipóteses de contratações diretas, a saber: dispensa e inexigibilidade de licitação. O artigo 9º constitui um rol exaustivo de dispensas; o artigo 10 um rol exemplificativo de licitação inviável.

Importante ressaltar que o artigo 9º contempla, expressamente, três possibilidades de dispensa de licitação para objetos relacionados a cursos, instrutoria ou ensino. A primeira possibilidade está consignada no inciso VIII, e sua aplicação está intimamente atrelada ao Ato Constitutivo da pessoa jurídica a ser contratada. As segunda e terceira possibilidades estão materializadas nos incisos XII e XIV, respectivamente. O inciso XII trata de capacitação, desde que os temas estejam vinculados a missão institucional do SESCOOP. Por outro lado, o inciso XIV prevê a possibilidade de contratação de cursos disponíveis no mercado, sem, contudo, delimitar natureza e aplicação do seu conteúdo no âmbito organizacional da contratante.

Art. 9º A licitação poderá ser dispensada:

I. Nas contratações até os valores previstos nos incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” do art. 6º;

(...)

VIII. Na contratação de entidade incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino, ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que sem fins lucrativos;

(...)

XII. Na contratação de pessoas físicas ou jurídicas para ministrar cursos ou prestar serviços de instrutoria vinculados às atividades finalísticas do SESCOOP.

(...)

XIV. Na contratação de cursos abertos, destinados ao treinamento e aperfeiçoamento dos empregados do SESCOOP.

Já o artigo 10 da Resolução possui cinco incisos em que a competição entre contendores é inviável. Frise-se que tais hipóteses não esgotam todas as possibilidades de inviabilidade de disputa, constituindo, portanto, uma breve lista exemplificativa por meio da qual o gestor fará a subsunção.

Art. 10 A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II. Na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com a sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

Em relação ao inciso acima transcrito, há de se esclarecer que ainda que existam diversos profissionais ou empresas detentoras de notoriedade e, portanto, aptos a execução do objeto, estará configurada a inviabilidade de competição uma vez que esta não se materializa pela exclusividade, ineditismo ou raridade, mas sim pela impossibilidade de se realizar comparação objetiva entre os especialistas. Ou seja, a escolha do executor do serviço singular decorre de um grau de confiança inspirada a partir de desempenho anterior que o diferencia dos demais.

Acerca da inviabilidade de competição, a Corte de Contas, por meio do Acórdão 1038/2011 - Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís Carvalho, assim se pronunciou:

Segundo o relator, desde a Súmula nº 39, de 1973, “a jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado quanto à necessidade de se demonstrar, nas contratações diretas de serviço técnico profissional especializado, que tal serviço tenha características singulares (incomum, anômalo, não usual), aliada à condição de notória especialização do prestador (que reúna competências que o diferenciem de outros profissionais, a ponto de tornar inviável a competição) ”.

É importante ressaltar que, diferentemente da Lei Nacional de Licitações e Contratos, o Regulamento de Licitações do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo não cita, expressamente, a natureza singular do objeto nem a sua qualificação como serviço técnico. No entanto, a luz da boa doutrina, o enquadramento da contratação com fulcro no inciso II do art. 10 deve valer-se da caracterização da singularidade do objeto, que por seu turno exigirá um profissional ou empresa de notória especialização para a sua fiel execução. Ou seja, é o objeto singular que requer um profissional notório e não o inverso. Do contrário, poderia se admitir a possibilidade equivocada de o objeto ter dupla classificação (singular e/ou comum) a depender do profissional que o execute.

Desta feita, partindo dos conceitos doutrinários de singularidade e notória especialização, trazemos à baila uma possível incongruência existente no capítulo V da Resolução 850/2012 do SESCOOP, que trata dos casos de contratações diretas. O referido Regulamento permite o enquadramento de contratação de cursos em dispensa e/ou inexigibilidade. Tal possibilidade é intrigante porque, ao realizarmos uma dispensa de licitação para contratação de cursos abertos ou para cursos que atendam a atividade-fim da entidade, abre-se a “possibilidade” de realizar uma comparação objetiva das propostas, o que vimos, por todo acima exposto, não ser possível.

CONCLUSÃO

Da análise do artigo 10 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESCOOP, percebe-se que ele não aborda o objeto singular. Contudo, pela inteligência do inciso II do artigo em comento, podemos concluir que a singularidade está ali implícita visto que é ela - a singularidade - que requer a presença de um profissional notório. Ou seja, as peculiaridades do objeto e a complexidade de sua execução impõem, necessariamente, um executor com expertise diferenciada para a sua execução; esclarecendo que a notoriedade não advém de fama. Ressalte-se, contudo, que não é o

profissional de notória especialização quem dá natureza ou características singulares ao objeto, mas o objeto singular que requer um profissional de notório conhecimento. Se assim não o fosse, teríamos uma estranha situação em que um dado objeto poderia ser singular e comum a depender do profissional que o executasse.

Se cursos (palestras, seminários, congressos, capacitações, treinamentos e congêneres) constituem objetos singulares em virtude das peculiaridades do seu núcleo (“aula”), a contratação dar-se-á com enquadramento de inexigibilidade (art. 10, inciso II) uma vez que a competição de contedores é inviável em virtude da impossibilidade de comparação objetiva dos proponentes.

No caso de contratação de cursos abertos em que a inferência da notoriedade de seu executor seja dificultosa, há uma corrente doutrinária que entende que o gestor deverá se balizar no fato de cada curso constituir um objeto único e, portanto, incomparável, ainda que exista previsão de realização em datas futuras. Logo, o enquadramento para esses casos será o do Caput do artigo 10 do referido Regulamento.

Contudo, entende-se que tal posicionamento teria o condão de desnaturar o próprio conceito de singularidade, uma vez que esta não permite o estabelecimento de parâmetros objetivos de comparação, ao mesmo tempo em que requer um profissional de notória especialização para a sua execução.

Logo, devem estar evidenciados nos autos do processo de contratação informações que corroborem a redação do inciso II, em especial a “permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado”. Tal providência poderá ser operacionalizada a partir de uma análise acerca da “organização”, “equipe técnica”, “desempenho anterior” do profissional, de tal forma que se conclua que a interferência daquele profissional será preponderante e indiscutivelmente a mais adequada a satisfação dos interesses institucionais.

Por fim, é mister ressaltar que o enquadramento de cursos (*abertos e/ou in company*) e outras atividades afins (palestras, seminários, congressos) não deve se estribar em quaisquer dos incisos previstos no artigo 9º da Resolução nº 850/2012, visto que tal procedimento decorre, necessariamente, do estabelecimento prévio de critérios objetivos de aferição, o que pelo todo exposto, em tese, não é possível.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO CHAVES, Luiz Cláudio. Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: Uma Breve análise da Decisão nº 439/98, Plenário do TCU in **Revista do TCU**, Brasília, n. 129, p. 72-79, jan./abr. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 494

BARBOSA RIGOLIM, Ivan. **Treinamento de Pessoal** – Natureza da Contratação in Boletim de Direito Administrativo. 1993. P. 176.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 14/04/19 às 15:16.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm> Acesso em 14/04/19 às 15:16.

_____. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Brasília-DF, jun 1993. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 14/04/19 às 15:18.

_____. Lei nº 10520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm> Acesso em 14/04/19 às 15:33.

_____. Controladoria Geral da União. **Coletânea de Entendimentos da SFC/CGU Sobre os Principais Temas de Gestão do Sistema “S”**. Brasília: CGU, 2004. P.6. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/sistemas.pdf>> Acesso em 14/04/19 às 16:19

_____. Resolução nº 850/2012. Dá nova redação ao Regulamento de Licitação e Contratos do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP.

Disponível em: <<http://www.somoscooperativismo.coop.br/transparencia-sescoop>>
Acesso em 14/04/19 às 15:47.

_____. Tribunal de Contas da União, Decisão 907/1997. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Sessão de 11/12/1997. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>> Acesso em 14/04/19 às 18:47

_____. Tribunal de Contas da União, Acórdão 1785/2013 – Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer. Sessão de 10/07/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>> Acesso em 14/04/19 às 18:49

_____. Tribunal de Contas da União, Acórdão 519/2014 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 12/03/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>> Acesso em 14/04/19 às 18:52

_____. Tribunal de Contas da União, Acórdão 3554/2014 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 9/12/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>> Acesso em 13/04/18 às 18:55

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações & Contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARESCHINI, J.M.L; COELHO, A.C.G., **Legislação JML: Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: JML, 2016.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Capacitação, Atualização e Formação de Pregoeiros: Pregão Presencial e Eletrônico - Sistema S**. Disponível em: <<https://ead.jmleventos.com.br/restrito.php?area=index>> Acesso em 01/03/17 às 15:15

A REFORMA TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DO PACTO FEDERATIVO

George Alex Lima de Souza

Resumo: A reforma tributária é tema de enorme complexidade. Quando o tema se apresenta, diversas preocupações o acompanham, como a disposição do pacto federativo. Este trabalho visa a jogar luz sobre o tema, demonstrando que a reforma do sistema tributário pode atingir a diversos objetivos, inclusive e principalmente, fortalecer o pacto federativo. O presente trabalho visa a identificar as deficiências do pacto federativo brasileiro, desenhar premissas que poderão nortear a formulação da proposta de reforma tributária e analisar os principais modelos de reforma em discussão à luz das premissas erigidas. Adicionalmente, o artigo objetiva demonstrar que, na discussão sobre reforma tributária, não há um único caminho. A viabilidade e redefinição do novo sistema tributário deverá reunir os aspectos positivos dos modelos construídos até agora, com uma ou outra adaptação.

Palavras-chave: Reforma tributária. Pacto Federativo. Premissas do novo Sistema. Análise das propostas.

Abstract: Tax reform is a subject of enormous complexity. When the theme presents itself, several concerns accompany it, such as the provision of the federative pact. This paper aims to shed light on the theme, demonstrating that the reform of the tax system can achieve several objectives, including and especially, strengthen the federative pact. This paper aims to identify the deficiencies of the Brazilian Federative Pact, to draw up assumptions that may guide the formulation of the tax reform proposal and to analyze the main reform models under discussion in light of the established premises. Additionally, the article aims to demonstrate that in the discussion about tax reform, there is not a single path. The feasibility and redefinition of the new tax system should bring together the positive aspects of the models constructed so far, with one or another adaptation.

Keywords: Tax reform. Federative Pact. Assumptions of the new System. Analysis of proposals.

1. INTRODUÇÃO

Os entes de nossa Federação possuem autonomia para legislar sobre diversos assuntos, dentre eles o direito tributário (art. 24, I da CRFB). Mais que isso, a Carta da República assegura a competência de cada ente para instituir impostos. À União compete instituir impostos sobre importação, exportação, renda, produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, propriedade territorial rural e grandes fortunas (art. 153). Aos Estados, por sua vez, a Carta Magna autoriza a instituição de impostos sobre a transmissão

causa mortis e doação - ITCMD, operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços - ICMS, sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA (art. 155). E ainda, aos municípios a Lei Maior confere a prerrogativa de instituir impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, sobre a transmissão *inter vivos* – ITIV e sobre serviços de qualquer natureza – ISS (art. 156).

Por esses dispositivos, União, Estados e Municípios dispõem da competência tributária, ou seja, da prerrogativa de criar os impostos que a Constituição lhes autoriza, para a consecução de suas políticas públicas e investimentos.

Quando a discussão de um novo sistema tributário ganha relevo, o enfraquecimento desta autonomia e o receio da redução da arrecadação surgem como óbices de difícil transposição.

Ao lado dessa legítima preocupação, é reconhecida a necessidade de se reduzir a quantidade de tributos e sua complexidade. Desse ponto de vista, é razoável pensar que uma reforma tributária possa resultar na mitigação da comentada competência tributária de alguns entes. Contudo, o rearranjo tributário não implica necessariamente a fragilização da autonomia financeira, vetor maior da independência, como será evidenciado mais adiante.

Este artigo visa a apresentar argumentos de modo a demonstrar que uma nova proposta para o sistema tributário pode, ao mesmo tempo, prestigiar a racionalidade, a simplicidade, a desoneração do consumo, o destravamento da economia, o que culmina por fortalecer o pacto federativo.

A metodologia se pauta pela revisão bibliográfica, análise de estudos acadêmicos e exame de dados de bases públicas.

2. FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

O Brasil optou pelo Federalismo como forma de Estado. Ao fazê-lo, definiu que suas organizações políticas (Estados e Municípios) possuiriam autonomia, mas se uniriam, visando à formação de uma organização mais ampla, um Estado Central.

Em que pese não disporem de autonomia plena, os entes federativos possuem competência tributária, que os confere a autonomia financeira, um “*pilar de sustentação da*

nova ordem pública federal”, nas palavras de Christian Waldhoff¹. O exercício da competência inclui tanto a instituição quanto a isenção de tributos, a que recorre o ente tributante como forma de atrair investimentos para seu território. O uso desmedido do poder isentivo traz como consequência a conhecida guerra fiscal, que abala sensivelmente o federalismo brasileiro.

Prefaciando a obra “Federalismo Fiscal Brasil-Alemanha”, o Ministro Gilmar Mendes² salienta que o tema do federalismo fiscal parece traduzir-se cada vez mais em conflitos entre os entes estatais e que “a guerra fiscal deve-se em larga escala aos defeitos no sistema de distribuição de recursos, que mantêm entes descentralizados em perpétua situação de dependência da União”.

É cediço que há outros conflitos que afetam o equilíbrio do sistema federativo de origem não tributária, como a distribuição dos *royalties* do petróleo. Todavia, este trabalho visa a destacar aqueles relacionados a aspectos tributários e a demonstrar como uma reforma tributária estruturante pode atenuar a distribuição de recursos fiscais, que trará aos entes subnacionais mais independência e lhes permitirá oferecerem adequada contraprestação estatal.

3. PROBLEMAS DO ATUAL MODELO FEDERATIVO FISCAL BRASILEIRO

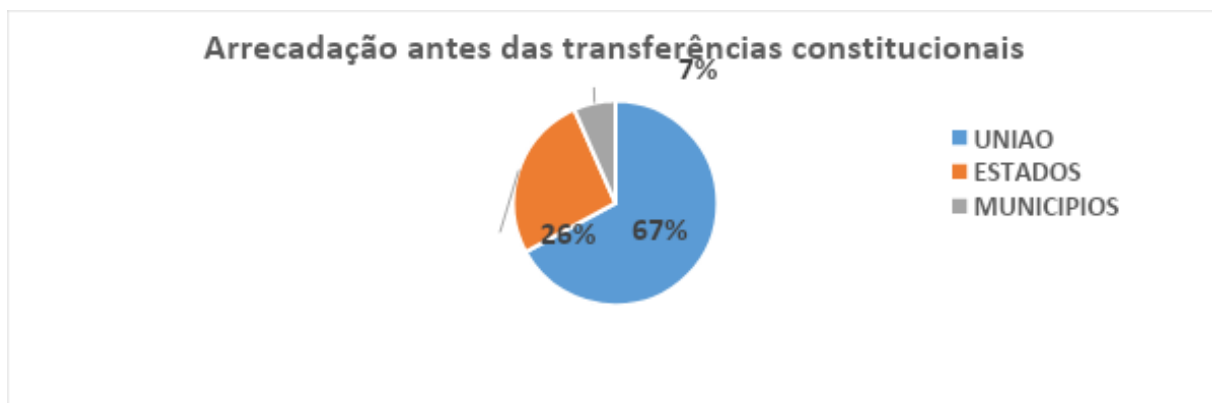
Na concepção atual do nosso federalismo, o município é o ente subnacional de figura fundamental, por ser o contato mais próximo entre o cidadão-contribuinte e o Estado. Inobstante essa característica, é o que detém menor capacidade de provimento de serviços públicos de qualidade, haja vista a maior concentração de recursos na União, as dificuldades de acesso aos repasses constitucionais e o impacto que as desonerações a níveis federal e estadual provocam em suas receitas.

3.1 CONCENTRAÇÃO DA ARRECADAÇÃO NO ENTE CENTRAL

¹ WALDHOFF, Christian. Federalismo Fiscal Alemão. In: CAMPOS, César Cunha; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Federalismo fiscal Brasil-Alemanha**. V. 4. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2016. Pág. 147

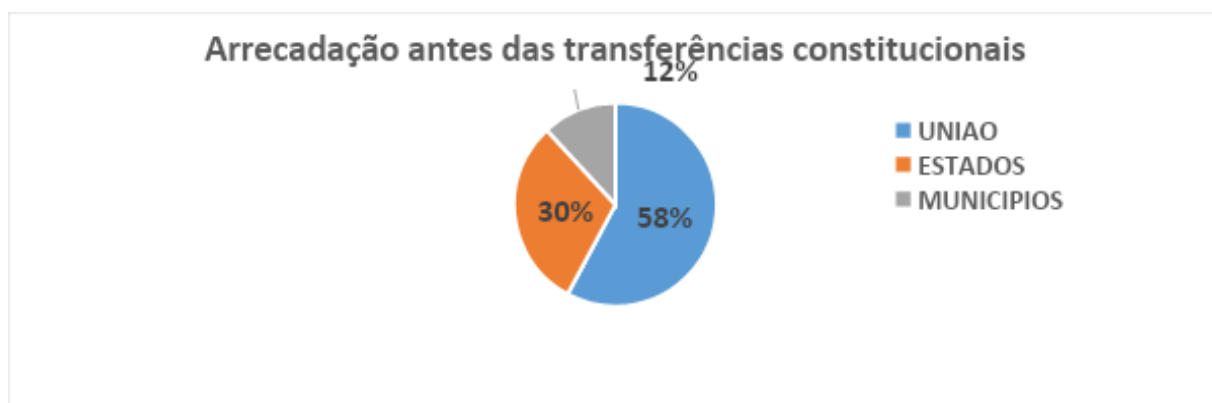
² MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio. In: CAMPOS, César Cunha; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Federalismo fiscal Brasil-Alemanha**. V. 4. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2016. Pág. 9.

De acordo com dados divulgados pela Receita Federal, Tesouro Nacional e FNDE³, 67% da arrecadação é carreada para a União, enquanto que estados e municípios arrecadam 26% e 7%, respectivamente, conforme explicitado no gráfico a seguir:



Fonte: Receita Federal, Tesouro Nacional e FNDE

Após as transferências constitucionais, a concentração é atenuada, porém não alcança níveis que permitam a cada ente federado o cumprimento de seus misteres legais.



Fonte: Receita Federal, Tesouro Nacional e FNDE

³<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2017/2017-relatorios-do-resultado-da-arrecadacao-anos-anteriores-capa>. Acesso em 12/03/2019

<https://www.fnnde.gov.br/component/k2/item/972-repasse-de-recursos-do-fundeb>. Acesso em 12/03/2019

<http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2600:1>. Acesso em 12/03/2019

Dados do IPEA⁴ afirmam que as transferências intergovernamentais de caráter legal ou constitucional representam 74% das receitas municipais, ultrapassando os 90% para 3.835 municípios. Os resultados apresentados também indicam que as transferências influenciam negativamente a arrecadação própria dos municípios, situação que reclama iniciativas que mitiguem essa dependência dos municípios à União e desconcentrem ainda mais a arrecadação.

Uma reforma tributária que almeje essas finalidades certamente contaria como apoio da maioria dos 5.570 prefeitos.

3.2 RESTRIÇÃO AOS FUNDOS CONSTITUCIONAIS

Como já mencionado, a Constituição da República fixa regras de repasse para mitigar os efeitos da referida concentração arrecadatória

Todavia, é preciso ressaltar que o mesmo texto constitucional autoriza que esse repasse não ocorra ou seja feito de forma mais restrita.

A regra, portanto, é a proibição de retenção da entrega de recursos a estados e municípios, como preconiza ao art. 160 caput da Carta Magna:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Inobstante, o parágrafo único abre espaço para que haja a retenção do repasse:

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

- I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;
- II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

Dessa feita, se o ente a quem se destina o recurso tiver débitos com o ente repassante, por exemplo, município que deva contribuição social à União, poderá ter seu repasse compensado ou retido.

⁴ http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7458

Além disso, pela conjugação do art. 198, §2º, incisos II e II, percebe-se que a autonomia de que dispõe o ente subnacional (estado ou município) é mitigada pela imposição de aplicação mínima em serviços públicos de saúde.

Há ainda outra possibilidade de retenção dos repasses dos fundos constitucionais. Recentemente foi sancionada a Lei 13.485/2017, que dispõe sobre o parcelamento de débitos com a Fazenda Nacional e sobre a revisão da dívida previdenciária dos municípios.

O art. 3º do referido diploma legal autoriza a retenção de FPE e FPM a obrigações tributárias tenham sido parceladas e não adimplidas:

Art. 3º A adesão aos parcelamentos de que trata o art. 1º desta Lei implica a autorização, pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, para a retenção, no FPE ou no FPM, e o repasse à União do valor correspondente às obrigações tributárias correntes dos meses anteriores ao do recebimento do respectivo Fundo de Participação, no caso de não pagamento no vencimento.

Dessa forma, os recursos que estão concentrados na União ou nos estados e são transmitidos aos demais entes subnacionais por meio do FPE e FPM estão sujeitos a iniciativas legais ou constitucionais, que restringem seu acesso e que mitigam, portanto, a autonomia financeira de estados e municípios.

É forçoso concluir, diante desse cenário, que atualmente a autonomia de estados e municípios já se encontra mitigada, em razão do atual desenho de nossa federação. Seria possível, contudo, a adoção de medidas que tornassem os municípios e estados mais autônomos, a ponto de precisarem cada vez menos de repasses constitucionais. Tais medidas poderiam estar no bojo de uma reforma tributária que prestigiasse o incremento da atividade econômica a fim de permitir aos entes subnacionais independência dos fundos constitucionais.

3.3 DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS

As desonerações tributárias, expressão da autonomia legislativa dos entes federativos, são outro nó que afeta a relação entre a União e os entes subnacionais.

Em que pese a Constituição sabiamente ter vedado a concessão de isenção heterônoma (art. 151, III), comumente a desoneração promovida por determinado ente pode

impactar nas receitas tributárias de ente diverso. Isso se dá pela instituição das desonerações, por exemplo do IPI, que alteram o repasse tanto do FPE quanto do FPM, ou do ICMS, que impõem dura redução de receitas a municípios.

Independentemente do resultado a que visem, as desonerações trazem consigo um aumento da complexidade tributária, estabelecendo exceções que dificultam a fiscalização e o cumprimento da legislação, sem olvidar resultarem em expressivas renúncias tributárias. Para se ter ideia do vulto, apenas as desonerações instituídas entre 2011 e 2015 (mas que tem reflexos até 2018), no âmbito da União, importaram quase de 500 bilhões de reais de renúncia, conforme planilha a seguir, elaborada a partir de dados publicados no site da Receita Federal⁵.

Desonerações instituídas pelos governos (2010 a 2015)

em milhões R\$

Desonerações Instituída (POR ANO)		DISTRIBUIÇÃO DAS DESONERAÇÕES AO LONGO DOS ANOS								
Ano	Valor	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
2010	18.940	2.509	5.780	1.727	2.607	2.954	2.106	1.257		
2011	75.740		2.989	29.398	12.010	13.628	8.583	9.132		
2012	167.397			15.413	47.091	52.358	27.758	24.777		
2013	95.181				14.593	32.916	24.687	22.985		
2014	92.698					2.550	40.039	23.771	26.338	
2015	40.234						5.412	8.849	10.888	15.085
TOTAL POR ANO		2.509	8.769	46.538	76.301	104.406	108.585	90.771	37.226	15.085
TOTAL ACUMULADO		2.509	11.278	57.816	134.117	238.523	347.108	437.879	475.105	490.190

Ocorre que as desonerações tributárias, notadamente havidas no IPI, ocasionaram redução nos repasses constitucionais, o que reclamaram a reação de estados e municípios. O tema, por obvio, chegou ao STF.

⁵<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/desoneracoes-instituidas/desoneracoes-instituidas-capa>. Acesso em 10.10.2018.

Na análise do RE 572762 / SC, que teve sua Repercussão Geral reconhecida, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, considerou não ser lícito ao estado postergar o repasse de parcela do ICMS que seria devida aos municípios em razão de terem concedido benefícios ou incentivos fiscais a empresas e particulares.

Naquele julgado o estado sagrou-se vencedor, mas o caso não se aplica automaticamente a outras reduções de repasse decorrente de desonerações. Os estados ficam à mercê de provimento judicial para não verem minguar sua receita diante de desonerações estatais, notadamente ICMS, o mesmo valendo para os entes subnacionais em razão de renúncia sobre IR e IPI. Essa insegurança jurídica compromete também o pacto federativo e deveria estar na mira de eventual reforma tributária.

Importante lembrar que além das mencionadas desonerações, há outros fatores que agravam a situação de estados e municípios, como redução da atividade econômica, que provoca retração na arrecadação de tributos⁶, e a guerra fiscal, de que se falará a seguir.

3.4 GUERRA FISCAL

A guerra fiscal se traduz numa forma perversa de manejo da competência tributária.

Inobstante os municípios sofrerem as consequências de embates provocados por municípios que disputam arrecadação do ISS, é no ICMS que o problema atinge níveis preocupantes.

Pela competência tributária outorgada pela Constituição da República Federativa do Brasil, cada estado produz sua lei para disciplinar o ICMS. O convívio nem sempre harmonioso de 27 legislações estaduais dá ensejo à guerra fiscal, que acirra a desigual relação entre os estados.

Através da concessão de isenções, nem sempre por meio de leis específicas como manda o texto constitucional (art. 150 §6º), o ente tributante renuncia ao recebimento de tributos como forma de atrair negócios para seus territórios. Como consequência dessa iniciativa,

⁶<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2015/dezembro2015/analise-mensal-dez-2015.pdf> (pag. 16)

compromete sua própria arrecadação e a daquele a quem está constitucionalmente obrigado a repartir a receita.

A guerra fiscal se tornou um jogo de perde-perde, onde um ente federativo duela com outro para conseguir atrair negócios ou investimentos, renunciando parte de sua arrecadação, pela redução de alíquota ICMS ou ISS, apostando no crescimento econômico advindo da instalação de novos negócios na região. Nas palavras de Ricardo Varsano⁷:

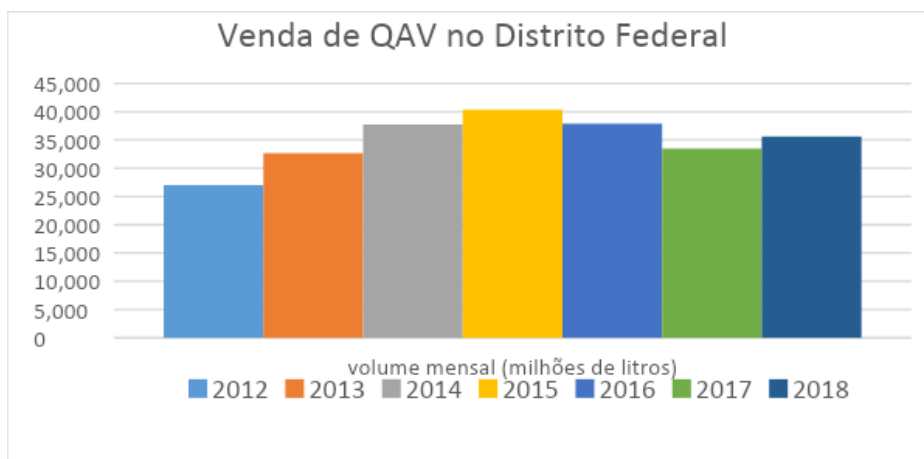
A guerra fiscal é, como o próprio nome indica, uma situação de conflito na Federação. O ente federado que ganha — quando de fato, existe algum ganho — impõe, na maioria dos casos, uma perda a algum ou a alguns dos demais, posto que a guerra raramente é um jogo de soma positiva. O federalismo, que é uma relação de cooperação entre as unidades de governo, é abalado. Também a Federação — cara aos brasileiros a ponto de a Constituição conter cláusula pétrea que impede sua abolição — perde.

Há casos em que renúncia fiscal pode significar incremento de atividade econômica. Em abril de 2013, o governo do Distrito Federal promoveu a redução da alíquota do ICMS sobre QAV – querosene de aviação, de 25 para 12%.

A posição geográfica da capital federal favoreceu sua transformação em um hub⁸, concentrando inúmeras novas operações diárias, o que certamente dinamizou a economia. Essa medida refletiu aumento do volume de combustível vendido, que chegou a 140% em relação ao ano anterior à sua implementação (2012), demonstrando que a atividade econômica foi positivamente impactada. Esta informação se comprova pelo gráfico a seguir elaborado a partir de dados obtidos juntos à Secretaria de Fazenda do Distrito Federal:

⁷ VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde, disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/issue/view/12>. Acesso em 09.03.2019

⁸ Na aviação, hub significa aeroporto concentrador: http://www2.anac.gov.br/anacpedia/por_esp/tr285.htm



Não se pode afirmar, *a priori*, que a medida isentiva promovida pelo Distrito Federal atingiu completamente seus propósitos. Em que pese o incremento econômico, advindo da reestruturação de negócios da aviação, seria preciso avaliar se esse novo movimento foi capaz de equilibrar as receitas tributárias. Pelos números apresentados, o maior nível de venda foi de 140%, mas a renúncia foi de mais de 50%. Portanto, analisando friamente esse dado, outros setores da economia no Distrito Federal precisaria atingir ou superar a tributação anterior, algo de extrema complexidade e que nem sempre é avaliado pelo ente que promove as renúncias fiscais.

O caso do Distrito Federal é *sui generis*. Sua posição geográfica favoreceu a concentração de voos. O ente federado apenas deu mais um estímulo a que esse movimento ocorresse, trazendo ganhos para a economia local.

Para vencer as batalhas geradas dentro das Guerras Fiscais, nem sempre as medidas desonerativas são bem avaliadas. Sobre o tema, Varsano⁹ faz interessante análise:

Considerando-se empresas voltadas para o mercado interno, estimular a realocação de um empreendimento situado em outro estado é também, do ponto de vista nacional, desperdício de recursos. Troca-se bem público por lucro adicional, desnecessário para assegurar a existência do estabelecimento no país; ou, pior, admitindo-se que a localização original tenha sido corretamente escolhida, os recursos públicos renunciados são, em parte, consumidos pela ineficiência alocativa provocada por uma localização que não é a melhor.

⁹ VARSANO, Ricardo. A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/issue/view/12>.

Além da ineficiência alocativa mencionada, a guerra fiscal possui outro aspecto negativo: mascara a necessidade de investimentos em infraestrutura, cuja ausência piora substancialmente a competitividade brasileira. Estudo publicado pelo IMD - Internacional Institute for Management Development, com sede na Suíça, em parceria com a Fundação Dom Cabral (FDC)¹⁰ aponta que o Brasil ocupa o 60º lugar dentre os 63 países avaliados em quatro fatores de competitividade: performance econômica, eficiência de governo, eficiência empresarial e infraestrutura. O estudo aponta ainda que a redução de investimento em infraestrutura de transportes no Brasil, que apresentou resultado negativo no período entre 2010 e 2018.

Essa redução de investimento, aponta o Banco Mundial¹¹, decorre da crise fiscal por que passa o setor público. Essa deficiência de investimento público poderia ser compensada por investimentos privados, mas a insegurança jurídica somada à imprevisibilidade regulatória e a *estrutura tributária* impedem que o Brasil atraia novos investimento e atinja o nível necessário de modernização da infraestrutura.

Portanto, a tributação precisa deixar de servir de muletas para a ineficiência da infraestrutura nacional (ou de qualquer outro segmento da economia). A guerra fiscal, que os entes escolheram como alternativa a atrair investimentos, não é sustentável e apenas posterga o problema, na medida em que a condição competitiva perdura enquanto a renúncia tributária existir. As renúncias corroem as finanças estatais e tornam o sistema mais injusto e mais complexo. A complexidade tributária, por sua vez, afasta os investimentos e compromete a arrecadação fechando um perigoso círculo vicioso

4. DA REPARTIÇÃO DE RECEITAS

A Constituição Federal trata com especial relevo o tema da repartição de receitas, prova disso é que a União pode intervir no Estado ou no Distrito Federal caso algum deles deixe de entregar aos municípios as receitas tributárias fixadas pela Lei Maior (art. 34, V, b).

¹⁰ Sem as reformas necessárias, Brasil se mantém entre os países menos competitivos do mundo. Disponível em: https://www.fdc.org.br/conhecimento-site/nucleos-de-pesquisa-site/Materiais/Relat%C3%B3rio_Analise_Competitividade_2018_FDC_IMD.pdf (pag. 10)

¹¹ Banco Mundial. Notas de políticas públicas - Por um ajuste justo com crescimento compartilhado. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/brazil-policy-notes>.

A forma de repartição das receitas está disciplinada nos artigos 157 a 160 da CRFB e se constitui na distribuição de tributos alocados nos Fundos Constitucionais FPE e FPM.

Por meio desse rateio, o constituinte originário se preocupou em harmonizar a federação. Por sua vez, o Parlamento não teve o mesmo zelo ao permitir a criação de inúmeros municípios que fez reduzir o quinhão do FPM destinado a cada município, como ensina o economista Eduardo Giannetti¹²:

O Brasil cometeu uma enorme extravagância na criação de 1.179 novos municípios da Constituição de 1988 para cá. Além da geração de máquinas burocráticas com custos enormes e sem atividade-fim, eles ficaram sem uma realidade financeira.

Gianetti avança e pontua que além da quantidade de municípios criados, que atualmente somam 5570, há ainda problemas de falta de recursos e de gestão: “Hoje, há uma situação em Brasília, que decreta planos espetaculares e bem resolvidos no papel, mas que não são reais nos municípios pela falta de recursos e capacitação”.

Portanto, a distribuição de recursos a partir dos fundos constitucionais já não representam a mesma satisfação das necessidades municipais de quando foram instituídos.

Os professores Geraldo Biasoto Junior e José Roberto Afonso¹³ ratificam essa posição:

Na questão das transferências de recursos entre níveis de governo, os Fundos de Participações (FPE e FPM) já cumpriram seu papel. Os novos instrumentos de transferência [Fundef/Fundeb], o piso de atenção básica do Ministério da Saúde (PAB) trouxeram lógicas mais aderentes às responsabilidades sobre a prestação de serviços. Mas é necessário ir além e focar a questão da relação entre estado e município, com critérios de eficiência e políticas regionalmente concertadas. O velho truque de criar município simplesmente para abocanhar recursos do FPM é inaceitável para um quadro de desenvolvimento institucional a que chegou o Brasil.

¹²<http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml>

¹³ BIASOTO JUNIOR, Geraldo e AFONSO, José Roberto. Federalismo fiscal brasileiro em âmbito econômico. In: CAMPOS, César Cunha; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Federalismo fiscal Brasil-Alemanha**. V. 4. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2016. Pag. 51

Dessa forma, seria necessário ou incrementar tais receitas ou identificar meios de permitir aos municípios dependerem menos dos repasses constitucionais, já que, nas palavras de Gianetti: "viver de mesadas constitucionais é a receita para a má utilização de recursos".

5. O ATUAL SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

A burocracia é a marca do sistema tributário brasileiro. A infindável lista de classificação de mercadorias do IPI, a disputa entre estados e municípios para classificar determinado fato como mercadoria ou serviço, as sofridas tentativas de se tributar as tecnologias disruptivas, a exemplo de *uber*, *spotify* e *airbnb*, são poucos exemplos de como nossas obrigações tributárias são complicadas, como atormentam os contribuintes e como suscitam longos litígios administrativos e judiciais.

Sem qualquer receio, podemos resumir que o sistema tributário brasileiro é complexo, injusto, sem transparência e ineficiente.

5.1 SISTEMA COMPLEXO

Estudo publicado pelo IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, aponta que, desde a Constituição Federal até 2018 foram editadas mais de 390 mil normas tributárias¹⁴.

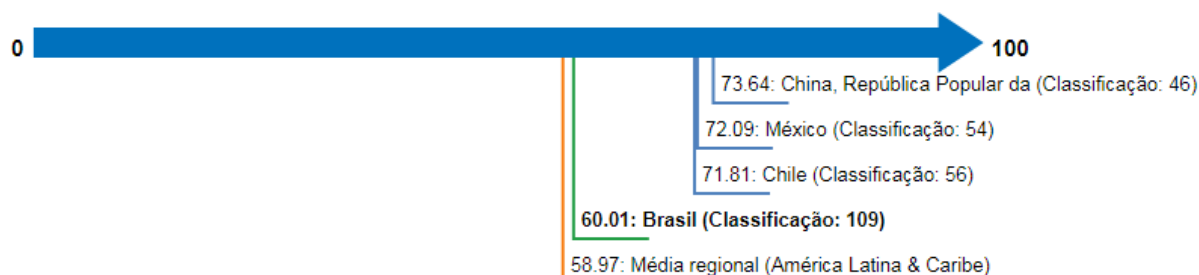
São emendas constitucionais, leis, decretos, instruções normativas, portarias, enfim uma infinidade de atos que trazem complexidade ao sistema e demandam enorme esforço dos contribuintes para cumprirem suas obrigações tributárias. Segundo relatório do Banco Mundial de 31 de outubro de 2017, as empresas empregam cerca de 1958 horas por ano para cumprir todas as regras do Fisco. Esse é um dos fatores que colocam o Brasil na posição 109¹⁵ em uma relação de 190 países listados pelo Banco Mundial, quando se avalia o grau de facilidade para se fazer negócios, conforme ilustração¹⁶ a seguir.

¹⁴<https://ibpt.com.br/noticia/2683/Quantidade-de-NORMAS-EDITADAS-NO-BRASIL-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988>

¹⁵ <http://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>

¹⁶ <http://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>

Pontuação na Facilidade de Fazer Negócios do Doing Business 2019



Em que pese o tema da complexidade ser tão claro que não mereça maiores explanações, é importante destacar que a dificuldade em se cumprir a norma é tão grande que até as próprias autoridades tributárias têm dificuldade de aplicá-las.

Não raras as vezes, os auditores-fiscais da Receita Federal precisam se socorrer do Órgão Central, de onde são emanados muitos dos atos infralegais, para requerer esclarecimento sobre a aplicação da norma. São as chamadas soluções de consulta interna – SCI. O retrato de como o sistema tributário pode ser cruel com quem cumpre as obrigações e com quem exija seu cumprimento. Reforça essa tese a previsão no artigo 316, §1º, do Código Penal¹⁷ que preconiza que cobrar um tributo que sabia ou devia saber indevido é crime, passível de multa e pena de reclusão de 3 a 8 anos.

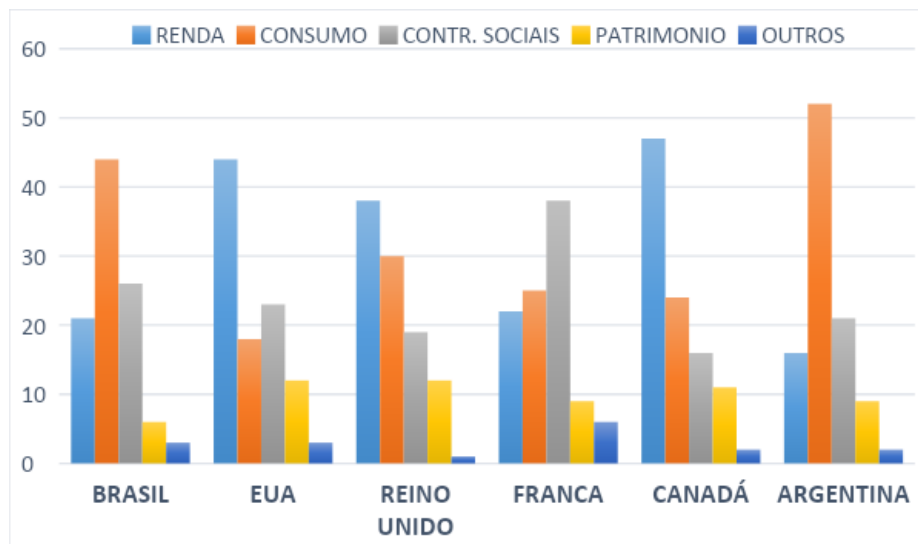
Portanto, se a complexidade é nociva a contribuintes, que tem imensa dificuldade em cumprir suas obrigações tributárias, representam também um risco a quem aplica a legislação tributária, já que os auditores “devem saber” da existência de cada ato produzido e são mais de 1,92 normas tributárias editadas por hora, por dia útil¹⁸.

5.2 SISTEMA INJUSTO

¹⁷ Art. 316 [...] § 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

¹⁸ <https://ibpt.com.br/noticia/2683/Quantidade-de-NORMAS-EDITADAS-NO-BRASIL-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988>

Pelo gráfico a seguir, é possível perceber que o Brasil tributa pesadamente o consumo em detrimento de outras bases, como patrimônio e renda:



Fonte: OCDE 2013

Economias mais maduras optam por tributar mais brandamente o consumo. EUA com 18%, Reino Unido com 25% e França com 30%. No Brasil, 44% dos tributos arrecadados se concentram no consumo. A Argentina supera e tributa aquilo que é consumido pelos seus nacionais em cerca de 52%.

A opção de tributar mais acidamente o consumo tem um efeito devastador. Nas palavras de Geraldo Biasoto Junior e Jose Roberto Afonso¹⁹:

Num processo de decisão por investimentos, o empresário está avaliando se ele faz uma planta produtiva nova ou não; o investidor internacional, que está decidindo por uma planta nova no Brasil ou México, ou em outro país, como nos Estados Unidos, olha para o processo econômico interno, avalia os preços mais importantes para sua estrutura e avalia, também a capacidade de o estado atuar como mediador de conflitos. Esse investidor observa o preço do combustível, do transporte ou da energia elétrica, por exemplo. Ou, ainda quais as condições de infraestrutura aeroportuária e portuária.

E arrematam os autores:

Por isso, a incerteza que um empreendedor tem, hoje, no Brasil, é dos níveis mais elevados do mundo, o que explica porque uma economia que tem crédito, consumo, gasto governamental, está absolutamente parada e num processo de redução de seu movimento [...].

¹⁹ BIASOTO JUNIOR, Geraldo e AFONSO, José Roberto. Ob. Cit. Pag. 46.

Eliminando os efeitos nefastos da falta de infraestrutura já comentados anteriormente, é de se ressaltar que a tributação calcada fortemente sobre o consumo provoca elevada e indesejada elevação no preço final de insumos importantes e que servem de base em uma análise preliminar de decisão de onde investir.

Além do prejuízo mencionado, a tributação sobre o consumo produz outro mal inarredável. Ela provoca o fenômeno da regressividade²⁰, que ocorre quando se tributa mais as pessoas com menor capacidade de contribuir. A tributação sobre o consumo, portanto, não é sentida da mesma forma por todos os contribuintes. Quanto maior a renda, menor o peso da tributação (carga tributária) sobre o consumo.

O gráfico a seguir revela o quanto a tributação sobre consumo atinge a receita de determinado contribuinte. Comparou-se um contribuinte que aufera 30 salários mínimos e um outro com renda de 2 salários mínimos e se concluiu que este suporta uma carga tributária 66% maior que aquele.

Quando se quantifica as despesas de quem aufera renda de até 2 salários mínimos (R\$ 1.908,00) percebe-se que cerca de R\$ 568,05 são pagos sobre a forma de tributos sobre o consumo, o que representa aproximadamente 29,77%.

O contribuinte com renda de 30 salários mínimos (R\$ 28.620,00) transfere ao Estado cerca de R\$ 3.955,55 sob a forma de tributo sobre o consumo, o que representa cerca de 17,89% dos seus rendimentos.

²⁰ SEVEGNANI, Joacir. O modelo regressivo de tributação no Brasil. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-modelo-regressivo-de-tributa%C3%A7%C3%A3o-no-brasil>

BASES TRIBUT	DESCRIÇÃO	REF	RENDA ATÉ 30 SALÁRIOS MÍNIMOS			RENDA ATÉ 2 SALÁRIOS MÍNIMOS		
			CARGA TRIBUTARIA	28.620,00	QUANTO DE TRIBUTADO?	CARGA TRIBUTARIA	1.908,00	QUANTO DE TRIBUTADO?
CONSUMO	MERCADO		35,00%	1.000,00	350,00	28,00%	650,00	182,00
	ENERGIA	9	39,25%	300,00	117,75	39,25%	50,00	19,63
	COMBUSTIVEL	6	53,00%	1.000,00	530,00	53,00%	296,28	157,03
	MORADIA	8	28,00%	2.500,00	700,00	28,00%	680,00	190,40
	TELEFONIA	9	28,65%	150,00	42,98	28,65%	30,00	8,60
	EMPREGADA	7	23,00%	1.200,00	276,00			
	TV POR ASSINAT	6	46,00%	150,00	69,00			
	RESTAURANTE	3	32,31%	1.000,00	323,10			
	VIAGEM	6	22,00%	700,00	154,00			
	PLANO SAUDE	1	26,68%	835,20	222,83			
	EDUCAÇÃO	2	21,87%	1.500,00	328,05			
	VESTUARIO	4	34,67%	200,00	69,34	34,67%	30,00	10,40
	VEICULO (AQU. MANUT)	5	51,50%	1.500,00	772,50			
TOTAIS				22.110,45	3.955,55		1.908,00	568,05



Elaboração própria. Fonte: internet²¹

Dessa forma, resta demonstrada a regressividade da tributação brasileira, que prestigia a tributação sobre o consumo em detrimento de outras bases tributárias como patrimônio e renda. Quem menos poderia pagar é quem mais contribui percentualmente. A tributação de quem ganha até 2 salários mínimo é cerca de 66% maior que quem aufer mensalmente 30 salários mínimos.

No Brasil o consumo é tributado por todos os entes. Quando se traduz em números, é possível perceber o peso da tributação sobre o consumo possui. A planilha a seguir foi construída a partir de informações publicadas no site da Receita Federal e complementada com dados municipais.

²¹ <http://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/noticias-do-setor/208-a-carga-tributaria-sobre-os-planos-de-saude>
<https://www.otempo.com.br/capa/economia/carga-tribut%C3%A1ria-sobre-sa%C3%BAde-e-educa%C3%A7%C3%A3o-supera-a-de-bancos-1.915424>
<https://ibpt.com.br/noticia/2573/Consumidores-pagam-mais-de-54-em-tributos-nos-produtos-da-Pascoa-segundo-levantamento-do-IBPT>
http://www.quantocustaobrasil.com.br/downloads/impostos_quantocustaobrasil.pdf
<https://www.icaros.com.br/noticias/geral/imposto-sobre-carros-no-brasil-e-maior-do-mundo,-diz-anfavea/20463.html>
<http://www.fiepr.org.br/sombradoimposto/veja-o-quanto-voce-paga-de-imposto-1-14466-115735.shtml>
http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1032:catid=28&Itemid=23
<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/EducacaoFiscal/PrimeiroSeminario/22CARGATRIBUTARIAPRODUTOSDECONSUMOPOPULAR.pdf>

ARRECAÇÃO NACIONAL EM NUMEROS

PIB (2017)

6.559.900.000.000,00

ANO REFERÊNCIA: 2017

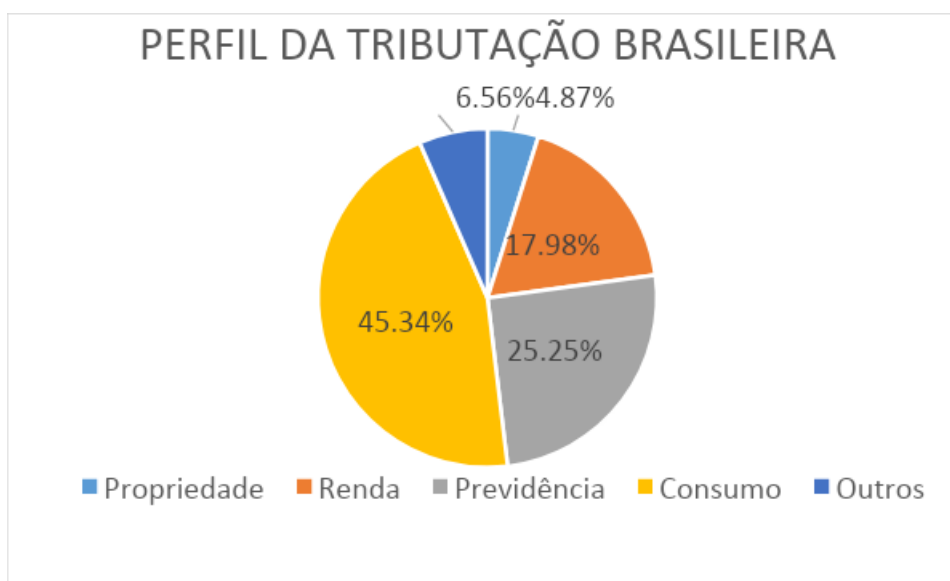
BASES TRIBUTÁRIAS	ENTE FEDERADO	TRIBUTOS	SISTEMA ATUAL			
			VALORES (R\$)		% ARREC. TOTAL	% PIB
CONSUMO	UNIÃO	CIDE-COMB.	5.790.000.000	907.158.795.631	45,34%	13,83%
		COFINS	218.858.000.000			
		I S/ IMPORT.	32.525.000.000			
		I.P.I-TOTAL	48.474.000.000			
		PIS/PASEP	58.476.000.000			
		IOF	34.543.000.000			
	ESTADOS	ICMS	445.727.672.431			
	MUNICIPIOS	ISS*	62.765.123.200			
PREVIDÊNCIA	UNIÃO	CSLL	69.248.000.000	505.228.000.000	25,25%	7,70%
		PSS/ CONTR. PLANO SEG SERVIDOR	33.804.000.000			
		RECEITA PREVIDENCIÁRIA	402.176.000.000			
RENDA	UNIÃO	I. RENDA TOTAL	359.698.000.000	17,98%	5,48%	
PROPRIEDADE	UNIÃO	ITR	1.370.000.000	97.404.517.063	4,87%	1,48%
	ESTADOS	IPVA	40.864.970.519			
		ITCMD	7.413.474.544			
	MUNICIPIOS	IPTU *	38.204.857.600			
		ITBI *	9.551.214.400			
OUTRAS RECEITAS	UNIÃO	OUTRAS ADM. PELA RFB	40.502.000.000,00	94.427.545.752	4,72%	1,44%
	ESTADOS	TAXAS	12.810.400.448,35			
		OUTROS	19.283.798.103,65			
	MUNICIPIOS	TAXAS	9.551.214.400,00			
		OUTROS	12.280.132.800,00			
REC. RFB. ADM POR OUTROS ÓRGÃOS			36.945.000.000,00		1,84%	0,56%
TOTAL (UNIÃO E ESTADOS)			2.000.861.858.446	2.000.861.858.446		
CARGA TRIBUTÁRIA TOTAL			30,50%	30,50%		

PIB. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20166-pib-avanca-1-0-em-2017-e-fecha-ano-em-r-6-6-trilhoes.html>

Receita total dos municípios, considerando carga tributária de 2,08% do PIB: R\$ 136.445.920.000,00. Fonte: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga->

* IPTU, ISS e ITIV correspondem a 28%, 46% e 7% da receita total dos municípios. Fonte: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/iptu_no_brasil_um_diagnostico_abrangente_0.pdf

Pela opção do legislador, observamos que a arrecadação dos mais de 2 trilhões de reais é assim distribuída:



Traduzindo, quase metade de tudo o que se arrecada está concentrado no consumo, o que se traduz em verdadeiro desestímulo à aquisição de bens e serviços. Isso explica, em parte, o gasto aproximado de 69 bilhões de reais (18,263 bilhões de dólares) que brasileiros fizeram no exterior²² que, como vimos, tributam mais moderadamente o consumo.

Importante destacar que a União tributa tão pesadamente o consumo quanto todos os estados juntos. Dos mais de 896 bilhões tributados pelos três entes (planilha anterior), quase 400 bilhões se referem a tributos federais sobre o consumo. Esse valor representa aproximadamente 20% da arrecadação nacional e produz forte pressão sobre os preços dos produtos, somados aos 445 bilhões do ICMS, aproximadamente, 22% da arrecadação nacional e o ISS participando com 3,1% da tributação nacional.

²²<https://veja.abril.com.br/economia/gasto-de-brasileiros-no-exterior-caem-388-em-2018-diz-banco-central>. Acesso em 17/03/2019

Se compararmos a carga tributária praticada pelo Brasil com a praticada por outros países membros da OCDE, percebe-se que nosso país ocupa posição intermediária entre o Chile (20,2%) e Dinamarca (48,6%). É o que se observa do gráfico a seguir:



Apesar do Brasil não possuir uma carga tributária tão elevada, se comparada aos membros da OCDE, há maior sensação de peso dos tributos, haja vista a opção do sistema tributário brasileiro estar fortemente sedimentado sobre o consumo. A injustiça fiscal se agrava quando se compara a contraprestação estatal promovida por países de economias mais maduras em relação aos serviços públicos oferecidos pelo Brasil.

5.3 SISTEMA SEM TRANSPARÊNCIA

É extremamente difícil afirmar com certeza qual carga tributária se paga sobre os produtos que são consumidos no Brasil.

Para exemplificar a afirmação, tem-se a seguir dois comprovantes fiscais de refeição, um emitido em Lisboa/Portugal, onde há um único imposto sobre consumo, o IVA – imposto sobre valor agregado, e outro emitido em Brasília/Distrito Federal.

Restaurante [redacted] da [redacted]
F:500618011
Iao DC 17003/3479
esaCave 150
a:2017-05-30 Hora:21:51

Artigo	IV	Total
Pastel Bacalh	13	€ 2.50
Alto Assadoip	13	€ 19.60
1/2Covada B.	13	€ 18.60
1/2 Agua	13	€ 2.80
Alvarinho Palacio Brej	23	€ 28.50
Baba Camelo	13	€ 3.40
Cafe	13	€ 1.20
tal		€ 76.60

Base	IVA	Total
€ 42.57	€ 5.53	€ 48.10
€ 23.17	€ 5.33	€ 28.50
€ 65.74	€ 10.86	€ 76.60

produtos adquiridos foram colocados
disposição do cliente a 2017-05-30

documento nao serve de factura

kKe-Processado por programa

0001-DE LOSTRO RESTAURANTE E COMERCIO DE ALIMENTOS
ZADO EM SERVIR DEBIDA
ORA [redacted] ASA SUL BRASILIA-DF
Fone: [redacted] E.E.: [redacted]

nto Auxiliar de Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica

Descrição	Qtde	Un	Valor unit	Valor total
70 ANTARTICA ORIGINAL 600ML	2	Unidad	X 13,00	26,00
04 BIFE DE CHORIZO	1	Unidad	X 48,00	48,00
20 CAESAR SALAD ACOMPANHAMENTO	1	Unidad	X 0,01	0,01
22 FAROFA DE OVOS ACOMPANHAMENTO	1	UND	X 0,01	0,01
COUVERT	1	Unidad	X 7,00	7,00
FORJETA	1	Unidad	X 7,40	7,40
1 de Itens				006
1 R\$				88,42
AGAMENTO			VALOR PAGO R\$	
debito				88,42

Consulte pela Chave de Acesso em
<http://www.fazenda.df.gov.br/nfce/consulta>
130 6333 2800 0106 6500 1000 0184 7510 0039 3991

QR CODE

CONSUMIDOR - [redacted]
NFC-e nº 000018475 Série 001
16/01/2019 22:53:36
Protocolo de Autorização:

R\$ 22,78 Fed, R\$ 0,00 Est e R\$ 0,00 Mun. Fonte: IBPT/
enpresonetra.com.br D529CB

No primeiro, é possível perceber, com clareza, que sobre o total do consumo (65,74 euros), 10,86 euros se referem ao tributo sobre consumo, uma alíquota por fora de 16,52%.

Na segunda imagem, do total da conta (R\$ 88,42) 22,78 reais se referem a *aproximadamente* o valor incorrido com tributos federais. O advérbio destacado já anuncia uma imprecisão que é própria da falta de transparência.

É de se observar que não há valor informado para o *quantum* devido de tributos estaduais ou municipais, apesar da exigência contida no art. 1º da Lei 12.741/2012²³, outro fato que denuncia a falta de transparência com o contribuinte.

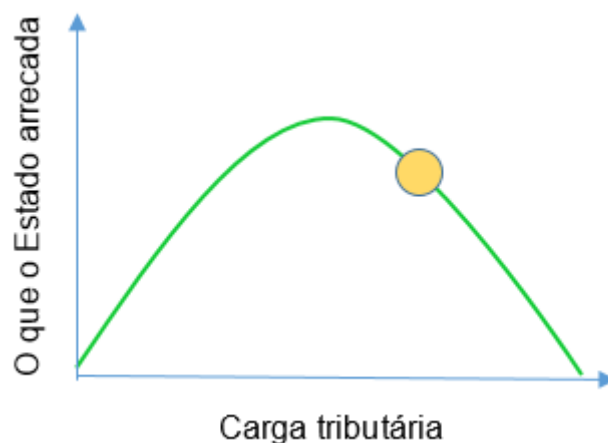
²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12741.htm. Acesso em 17/03/2019.

Somente o valor *aproximado* de tributos federais representa 25,76% do total da conta. Com a inclusão do ICMS não é desarrazoado imaginar que a carga tributária total de uma refeição no Brasil possa atingir 40 ou 50% do valor da conta, algo que talvez a maioria dos brasileiros não tenha percebido, justamente pela falta de transparência.

5.4 SISTEMA INEFICIENTE

Nosso sistema tributário atingiu um nível de tamanha complexidade e injustiça que entramos em um perigoso *looping*: não se arrecada o que precisa, daí aumenta-se a carga tributária para elevar os índices arrecadatórios e como resposta tem-se maior elisão ou evasão fiscal, demonstrando que o Brasil está no ramo descendente da curva de Laffer²⁴.

CURVA DE LAFFER



²⁴ LAFFER, Arthur B. The Laffer Curve: Past, Present, and Future. **Background** - Executive Summary. No. 1765
June 1, 2004.

O contencioso administrativo possui 2 trilhões de estoque²⁵ e o STF recebeu, só em 2017, 19.705 novos processos, o que demonstra que a complexidade e a dificuldade em interpretar a legislação tributária tem como consequência a insegurança jurídica para o contribuinte e o retardo do ingresso de recursos nos cofres públicos.

Dessa forma, para sairmos desse círculo vicioso, é imperativo rediscutir todo o sistema, reestruturando-o sob o ponto de vista da racionalidade, simplicidade, transparência e eficiência.

6. INTRODUZINDO A REFORMA TRIBUTÁRIA

De tudo o que foi exposto e analisado até o momento, é chegado o ponto máximo de discussão deste artigo: como uma proposta de reforma tributária pode fortalecer o pacto federativo, abandonando o círculo vicioso do desemprego, que gera redução do consumo, que implica consequente decréscimo da atividade econômica, que impõe menor arrecadação e por obvio menor disponibilidade de recursos para investimentos e execução das políticas públicas.

Nossa forma federativa possui situações que, como já demonstrado, enfraquecem a relação entre os subnacionais e entre estes e o poder central, o que, por si só, já autorizaria sua rediscussão.

A forma federativa foi sabiamente protegida pelo constituinte originário, que previu no §4º do art. 60 da Carta Magna²⁶, que qualquer alteração que pretendesse abolir ou mesmo enfraquecer a forma federativa não seria sequer objeto de deliberação.

Todavia, as deficiências do federalismo fiscal demonstradas neste artigo já reclamam uma intervenção no texto constitucional, que poderia se dar por meio de uma reforma tributária estruturante que observe algumas premissas para que se fortaleça o pacto federativo, a partir de um sistema tributário mais racional, mais simples, com maior desoneração sobre o

²⁵ PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. PGFN EM NÚMEROS. Dados de 2017 - Edição 2018. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Pag. 15

²⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

consumo, que acarretaria aumento da demanda e portanto incremento na economia, elevação nos indicadores de empregabilidade e de arrecadação.

7. PREMISSAS DE UMA PROPOSTA DE REFORMA TRIBUTÁRIA PARA FORTALECIMENTO DO PACTO FEDERALIVO

Até agora restou demonstrado que nosso federalismo é palco de uma guerra fratricida na qual alguns entes ganham em detrimento de outros, na disputa por investimentos que nem sempre fazem face à renúncia tributária patrocinada.

É possível também concluir que nossa tributação é fortemente calcada no consumo, o que acaba por refrear a aquisição de bens e serviços.

Em que pese não tenhamos a maior carga tributária em termos absolutos, a regressividade e a inadequada contraprestação estatal provocam sensação de carga tributária mais elevada. Uma maior tributação sobre o consumo reduz o poder de compra da maior parte da população, notadamente dos que ganham até 2 salários mínimos²⁷.

Por fim e mais óbvio, conclui-se também que nossa complexidade tributária onera e dificulta o cumprimento das obrigações tributárias, demandando os contribuintes a despenderem menos tempo com suas atividades e mais no cumprimento de burocracias desnecessárias, o que leva o Brasil a ocupar o 125º lugar numa relação de 190 países, quando se mensura a facilidade de fazer negócios, segundo relatório *doing business* 2018 do Banco Mundial²⁸.

Diante desse cenário que parece insolúvel, antes de se partir para definir que propostas resolverão os problemas do nosso caótico sistema tributário, é imprescindível determinar as premissas que uma reforma tributária precisa observar para que se atinjam os resultados que dela se espera.

Elencamos cinco premissas que uma proposta deve contemplar se pretender tornar o Brasil um país mais competitivo, mais justo e mais solidário.

²⁷https://odia.ig.com.br/_conteudo/economia/2017-11-29/ibge-metade-da-populacao-brasileira-vive-com-menos-de-um-salario-minimo.html

²⁸<http://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>. Acesso em 17/03/2019

7.1 SISTEMA MAIS SIMPLES E MENOS ONEROSO

As obrigações tributárias precisam ser claras e fáceis de cumprir. Os números do relatório *doing business* do Banco Mundial, revelam as consequências da enorme complexidade do sistema tributário brasileiro. São 1958 horas para cumprir as obrigações tributárias, das quais 1160 são para adimplir às regras do ICMS.

A quantidade e complexidade de regras tributárias dificultam a vida dos contribuintes. Não sem razão, foram formalizadas 7862 consultas²⁹ à Receita Federal nos últimos 10 anos.

Dessa forma, não resta dúvida de que o sistema precisa ser mais simples, ou seja, as obrigações tributárias precisam ser claras, fáceis de serem cumpridas. Importante mencionar que, nesse quesito, todas as propostas em discussão atualmente atendem a esse pressuposto em maior ou menor medida.

7.2 DESONERAR O CONSUMO COM VISTAS A REDUZIR A REGRESSIVIDADE NO SISTEMA

Como restou demonstrado, o consumo no Brasil é fortemente tributado. Mais de 900 bilhões em tributos incidem nos diversos produtos consumidos no Brasil. Desonerá-los significa aliviar de imediato a carga tributária para as classes média e baixa e aumentar seu poder aquisitivo.

Em razão do brasileiro não possuir a cultura da poupança, muito provavelmente aquilo que essa parcela da sociedade tenderia a “economizar” deverá voltar ao mercado, sob a forma de consumo, o que produzirá elevação da arrecadação, pelo aquecimento da economia.

Mais à frente serão apresentadas alternativas para desonerar o consumo, reequilibrando a arrecadação a partir da tributação de outras bases.

7.3 DESCONCENTRAR OS RECURSOS

²⁹http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaosSelecionados=&tiposAtosSelecionados=72&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=&numero_ato=&tipoData=2&dt_inicio

A já conhecida concentração de renda na União precisa dar espaço à melhor distribuição dos recursos, prestigiando os municípios, onde a vida realmente acontece.

Apesar dos fundos constitucionais mitigarem a concentração federal, como já demonstrado, os valores são insuficientes para atender às demandas locais. Não raras as vezes, podem ser bloqueados, agravando a vida de estados e municípios que precisam se socorrer do governo federal para verem honradas as suas obrigações.

A reforma tributária precisa prestigiar o incremento da atividade econômica, com vistas a fazer o município ou estado precisar cada vez menos de repasses constitucionais.

7.4 DESTRAVAR E ESTIMULAR AS FORÇAS PRODUTIVAS

A tributação precisa deixar de ser um impedimento ao empreendedorismo e à manutenção dos negócios. As sociedades precisam de competitividade, simplicidade no cumprimento das suas obrigações para com o poder público, de modo a se dedicarem mais intensamente às suas atividades empresariais.

É preciso renovar o sistema tributário para permitir que as empresas se desenvolvam, cresçam e, só aí, poderem contribuir mais expressivamente com os cofres públicos.

O Estado precisa investir em infraestrutura, reduzir burocracias e deixar de utilizar a tributação como forma de substituir sua ausência em certos segmentos econômicos.

A tributação precisa demandar menos das empresas, que precisam reduzir suas despesas operacionais e incrementarem seus investimentos e contratações.

7.5 CONTEMPLAR MEDIDAS DE EFETIVAÇÃO

Reformar o sistema tributário é mais que alterar normas jurídicas. É preciso haver uma mudança cultural. O tributo precisa ser enxergado como recurso de todos e não do “leão”. É necessário ter em mente que se todos pagarem, a carga pode recuar. Além disso, é imperioso que os recursos cheguem a quem deles precisa, sem que haja perdas na arrecadação, decorrentes de fraudes ou sonegações.

Considerando um cenário de tributação mais simples e menos onerosa, é dever do Estado garantir a higidez do novo sistema. O Estado precisa dispor de ferramentas e estrutura que lhes assegure que o novo pacto tributário não se rompa. O esforço despendido para reformar o sistema impõe que não se permitam iniciativas que lhe tragam mais complexidade e injustiça. É fundamental facilitar o cumprimento da legislação tributária, e imperioso garantir que todos a cumprirão. É preciso coibir os parcelamentos sucessivos, as anistias, as isenções, enfim as más práticas que desequilibram o peso tributário de uns em relação aos outros.

Além disso, é imprescindível coibir e reprimir duramente os ilícitos *penais* tributários. Se quisermos mudar a relação fisco-contribuinte, precisamos reduzir as burocracias, afastar a “desconfiança” e dar espaço para a construção de uma relação em que o Estado parta da premissa de que todos os contribuintes são honestos e ciosos de suas obrigações. É preciso dar efetividade ao princípio da inocência insculpido na Constituição. Todavia, em respeito à manutenção desta relação de confiança, as condutas criminosas precisam ser rigorosamente apenadas.

O “crime” não deveria ser tipificado como um ato contra a ordem tributária, mas contra a coletividade, contra toda a sociedade, em razão de que, quando se frauda o sistema tributário ou se sonegam tributos, é toda a sociedade que amarga as consequências.

Necessário dizer que no caso do cometimento dos ilícitos penais tributários, as empresas não mais precisam ser penalizadas. As pessoas físicas que derem causa ao crime arcarão com as consequências, sem que se punam os colaboradores, fornecedores e clientes das sociedades empresárias.

Como enunciado, a reforma tributária precisa vir acompanhada de uma mudança cultural.

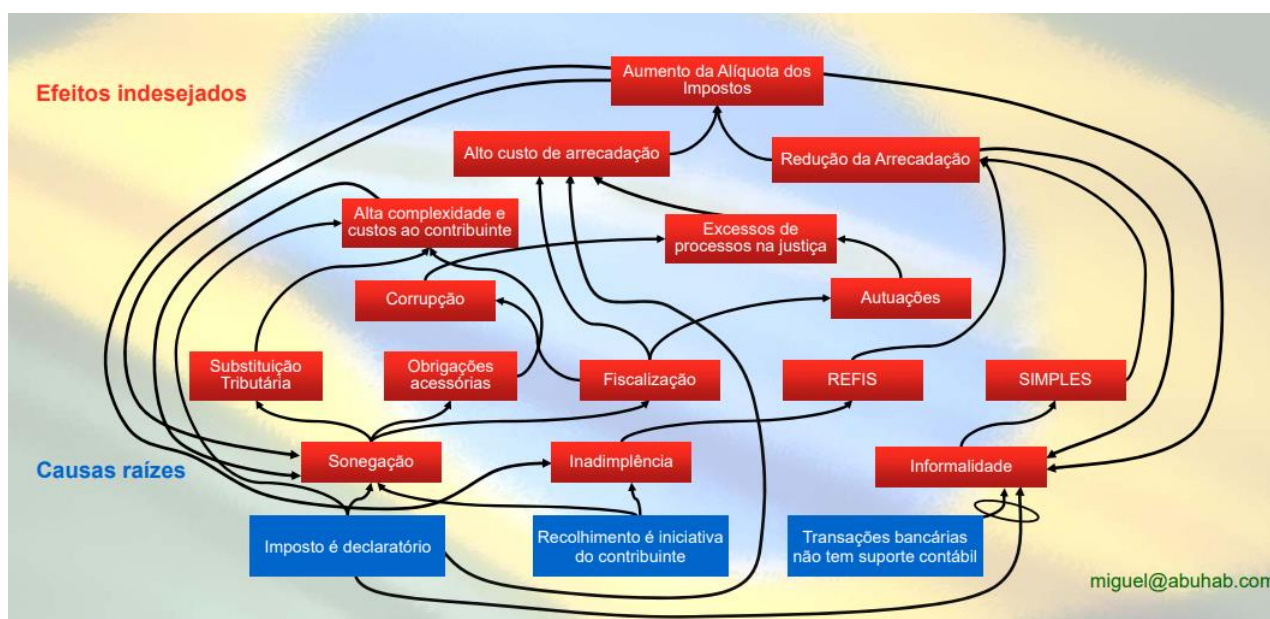
8. BREVE ANÁLISE DAS ATUAIS PROPOSTAS

A seguir, analisaremos algumas das principais ideias acerca da revisão do modelo tributário, que prestigiam a simplificação e a racionalidade tributárias.

8.1 PROJETO MIGUEL ABUHAB

O empresário Miguel Abuhab³⁰ constrói uma análise interessante sobre a realidade do sistema tributário, que ele chama de “árvore da realidade atual”, a seguir expressa por uma representação gráfica por ele mesmo construída:

ARVORE DA REALIDADE ATUAL



Abuhab analisa as causas (causas raízes) que dão origem aos efeitos indesejados:

“Primeira causa raiz: O imposto é declaratório, cada contribuinte tem que declarar seu imposto. Segunda causa raiz: O recolhimento é por iniciativa do contribuinte. Terceira causa raiz: Transações bancárias não têm suporte contábil. O sistema de circulação de mercadoria, que é o sistema de nota fiscal eletrônica, ou SPED, não está integrado com o sistema de cobrança bancária. Valores que circulam nos bancos não tem o suporte fiscal”.

Identificadas as causas, o professor Abuhab segue analisando suas consequências:

Se o imposto é declaratório, então pode haver sonegação. Se o recolhimento é por iniciativa do contribuinte, então pode haver inadimplência. Se as transações bancárias não têm suporte contábil então pode haver a informalidade. Se temos informalidade, então criou-se o sistema Simples. Se criamos o sistema Simples pode haver redução na arrecadação. Se temos inadimplência, então criou-se o Refis. Se temos sonegação, então existe fiscalização. Se temos fiscalização, então temos autuações. Se temos autuações, temos excesso de contenciosos administrativos e judiciais. Se ainda

³⁰ ABUHAB, Miguel. Plano Miguel ABuhab. Simplificando o sistema tributário no Brasil. Disponível em: <http://miguelabuhab.com/download/2017-04-05%20Plano%20MiguelAbuhab.pdf>

temos sonegação, então criou-se a substituição tributária e criamos obrigações acessórias. Se há substituição tributária, há alta complexidade e custos para o contribuinte. Todos estes efeitos, acabam sendo traduzidos por aumento na alíquota dos impostos e que realimentam todas as causas e efeitos indesejáveis.

Finalizando sua abordagem, Miguel Abuhab parte para eliminar as causas raízes, de modo a suprimir os efeitos indesejáveis mencionados, responsáveis pelo insucesso do nosso sistema tributário.

Eliminando a primeira causa raiz, o imposto declaratório passaria a ser calculado automaticamente pelo Estado. Com vistas a erradicar a segunda causa raiz, o recolhimento que antes era uma iniciativa do contribuinte, passaria a ser feito automaticamente pelo sistema bancário. As transações bancárias, antes sem suporte contábil, agora passam a estar vinculadas a lançamentos contábeis, ou seja, nas mensagens eletrônicas de cobranças bancárias constarão o número da nota fiscal do fato gerador.

Com essas medidas, Abuhab espera eliminar a sonegação, já que o imposto passa a ser calculado automaticamente pelo Estado. Com o recolhimento automático pelo sistema bancário, elimina-se a inadimplência, redução da informalidade, redução dos custos com conformidade tributária, fiscalização, menores autuações, redução do contencioso.

Importante mencionar que na solução pensada por Abuhab, muda-se o paradigma da tributação. Deixa-se de tributar a mercadoria (fato gerador deixa de ser a saída do bem da indústria, do atacadista, do varejista etc) para tributar a operação financeira atrelada à venda. O tributo é devido no momento do pagamento do título (atrelado à Nota Fiscal). Essa inovação acaba com os problemas de fluxo de caixa das empresas e de algumas aberrações, como o tributo ser devido, mesmo que o adquirente não pague pelo bem.

Na solução Abuhab, a apuração e arrecadação dos tributos referentes às vendas ao consumidor ocorrerá no momento em que a administradora de meio de pagamento realizar o depósito bancário ao estabelecimento comercial.

Em que pese o projeto se escorar pesadamente no uso da tecnologia, seu idealizador trata da exceção, das vendas ocorridas em dinheiro: “Os tributos referentes às vendas a dinheiro serão recolhidos como é hoje com base no cupom fiscal”.

Em síntese, a proposta é que os tributos de valor agregado devam ser apurados e recolhidos automaticamente pelo sistema bancário. Além disso, que todas as transações bancárias entre empresas deverão conter o CNPJ de origem e destino, bem como o número das notas fiscais vinculadas à operação bancária.

Vinculando as operações bancárias a dados fiscais, as empresas passam a ter crédito escritural dos tributos quando pagam seus fornecedores e são debitadas automaticamente pelo sistema bancário ao receber dos seus clientes, observada a compensação de créditos escriturais.

Apesar de tratar de tributos indiretos a nível federal, a sistemática pode se dar para tributos estaduais, como o ICMS, cuja complexidade também reclama urgente atuação.

8.2 DA TRIBUTACAO SOBRE TRANSAÇÕES FINANCEIRAS

O professor Marcos Cintra, ex-deputado federal e ex-secretário especial da Receita Federal defende a incidência de um imposto sobre transações bancárias e que substituísse diversos outros: Imposto de Renda de Pessoa Física e Jurídica – IRPF e IRPJ, IPI, IOF, Cofins, CSLL, Contribuição patronal ao INSS, a nível federal. No âmbito dos Estados, seriam extintos o ICMS, IPVA e ITCD e na esfera municipal deixariam de existir o ISS, IPTU e ITBI.

Em sua proposta, Cintra³¹ prevê uma alíquota de 2,81% nas entradas e outros 2,81% nas saídas das contas correntes para se atingir cerca de 27% do PIB³².

Críticos à proposta atacam a regressividade e cumulatividade do tributo sobre transações financeiras. Sobre esse ponto de vista é preciso tecer dois comentários.

O primeiro, contradizendo a tese da regressividade, é possível afirmar, dada a experiência com a extinta CPMF, que o ônus do pagamento desta contribuição recai mais fortemente sobre aqueles com maior poder aquisitivo, uma vez que são essas pessoas físicas e jurídicas que realizam um número maior de movimentações financeiras e, via de regra, movimentam valores consideravelmente mais altos. A título de exemplo, um cidadão que receba um salário mínimo, atualmente em R\$ 998,00, ainda que movimentasse todo o dinheiro

³¹ CINTRA, Marcos: **Bank transactions**: pathway to the single tax ideal. 2009. P 121-124.

³² Considerando o PIB (2017) de 6,6 trilhões, 27% corresponderia a uma arrecadação de 1,78 trilhão de reais.

recebido através de instituições financeiras e bancárias, pagaria no máximo R\$ 3,79 a título de tributação sobre movimentação financeira, considerando a mesma alíquota praticada quando da sua extinção: 0,38%.

Para rebater a crítica à cumulatividade do novo tributo, Marcos Cintra³³ assevera que um tributo cumulativo com alíquotas baixas pode implicar menor efeito confiscatório e maior arrecadação:

Ademais, não é a técnica de tributação, cumulativa ou não-cumulativa, que poderia eventualmente implicar incidência excessiva ou confiscatória, mas sim o tamanho da alíquota aplicada. Alíquotas elevadas podem gerar confiscos tanto com tributos cumulativos quanto com tributos sobre valor adicionado. O uso de um tributo em cascata com baixas alíquotas pode implicar menor arrecadação do que alíquotas elevadas em tributos não-cumulativos.

Importante trazer ao lume reflexão do ex-secretário da Receita Federal, Everardo Maciel³⁴, quando pontua o que verdadeiramente destrói a indústria brasileira, e por que não dizer, os empregos e a própria economia: a sonegação, *verbis*:

Existirá forma melhor de levar à ruína a indústria brasileira que submetê-la à competição com o subfaturamento ou o descaminho nas importações? A sonegação, dirão alguns, se enfrenta com fiscalização e medidas punitivas. Em países emergentes, essa é uma verdade parcial. Não basta a fiscalização e as medidas punitivas, é indispensável que a concepção do imposto já o previna, tanto quanto possível, a sua própria sonegação. Impostos complexos são terreno fértil para a evasão fiscal, para não falar da elisão. A sonegação, nessas circunstâncias, deve merecer tratamento preventivo, antes que curativo.

Nesse ponto, é preciso salientar que a tributação sobre transações financeiras possui uma característica importantíssima no combate à sonegação: a rastreabilidade dos recursos e isso assusta contribuintes que desejam manter seu atual *status* tributário.

³³ CINTRA, Marcos Cintra Cavalcanti de. A polêmica da CPMF. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1267>. Acesso em 10.06.2019

³⁴ CINTRA, Marcos C. APUD MACIEL, Everardo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14272/A%20verdade%20sobre%20o%20Imposto%20%C3%9Anico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

A proposta da tributação única, tendo por base as transações financeiras, é a mais audaciosa e talvez por isso a que desperte maiores receios. Sedutora, ela possui um ponto de fragilidade: Concentra a arrecadação nacional em uma única fonte arrecadatória.

Para mitigar essa característica, poder-se-ia experimentar a tributação sobre transações financeiras de forma menos ampla.

Uma forma de testar sua eficiência arrecadatória, simplificação e redução de custos para seu cumprimento seria concebê-la como complemento à contribuição de empregadores.

Conforme preconiza o texto constitucional em seu art. 195, a obrigação de custear a seguridade social, que compreende previdência, assistência e saúde, é de toda a sociedade:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Portanto, a desoneração parcial da folha de pagamentos compensada por uma tributação sobre transações financeiras, tributo suportado por toda a sociedade para complementar a fonte de receita para a seguridade social, além de se amoldar aos ditames constitucionais, representaria importante desoneração das forças produtivas, o que certamente repercutiria nos índices de empregabilidade e no estímulo à formalização perante a Previdência Social.

Poder-se-ia pensar na redução cota patronal para 10% sobre a folha de pagamentos ou em uma alíquota única para empregadores e empregados de 8%. A redução da arrecadação produzida pela alíquota menor deveria ser compensada pelo novo tributo sobre transações.

É preciso destacar que não se trata de transferir a todos os brasileiros o encargo do empregador, que seria reduzida à metade ou sofreria a maior redução de alíquota (20% para 8%). É preciso ter em conta que atualmente os custos operacionais das atividades econômicas, dentre os quais se inclui os decorrentes da folha de pagamentos, compõem o preço final do produto. Portanto, já suportamos o peso da tributação sobre a folha, embutida nos preços. Com a nova proposta, teremos a pulverização dessa parcela tributária sobre todos os brasileiros, com significativo alívio para quem contrata.

Para fins de simulação da nova alíquota do imposto sobre transações financeiras, atualizou-se o valor arrecadado a título de CPMF em 2007, 38.229³⁵ bilhões de reais, quando a contribuição possuía alíquota de 0,38%, tomando por base a variação do PIB nominal no período³⁶. Dessa forma, a mesma alíquota produziria arrecadação de 95,950 bilhões de reais. Calculando o tributo sobre movimentação financeira com alíquota de 1% na saída dos recursos das contas correntes teríamos uma arrecadação de aproximadamente 252 bilhões de reais³⁷, valor que hoje é arrecadado por toda a cota patronal. Esse montante seria utilizado para abrandar a contribuição previdenciária de empregadores ou de empregados e empregadores, cuja repercussão impactaria positivamente nos níveis de empregabilidade, além de proporcionar estímulo à formalização das relações de trabalho.

8.3 DA TRIBUTAÇÃO SOBRE VALOR AGREGADO

Das propostas em debate no cenário nacional, é possível condensar algumas ideias e examiná-las sob a ótica das premissas defendidas neste artigo.

Atualmente no Congresso Nacional tramita a proposta de reforma tributária materializada na Proposta de Emenda à Constituição – PEC 293/2004, que condensa IPI, PIS, PASEP COFINS, CIDE - Combustível, IOF, ICMS, ISS e Salário educação em um único Imposto sobre Bens e Serviços - IBS, uma modalidade de IVA – Imposto sobre valor agregado.

Esta proposta, aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de autoria do ex-deputado Haully, propõe que os nove tributos sejam extintos fazendo surgir um único sobre valor agregado.

Sob o ponto de vista da simplificação é bastante arrojada, já que propõe que o novo imposto reúna, em uma única legislação nacional, as centenas de legislações tributárias, o que reduz drasticamente a complexidade tributária e os custos de conformidade. Todavia, a ousadia de sua concepção, que propõe extinguir tributos de diferentes entes federados, pode esbarrar na reação de setores da sociedade que receiam a queda da arrecadação e risco ao pacto federativo.

³⁵<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2007/analise-mensal-dezembro-2007/view>. Acesso em 29/03/2019

³⁶ <http://www.ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38415>. Variação nominal PIB (2007-2018)

³⁷ Arrecadação das Receitas Administradas pela RFB. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/arrecadacao-por-divisao-economica-da-cnae/arrecadacao-por-divisao-economica-cnae-2011-2017-1.pdf>. Acesso em 04.05.2019

Além disso, não enfrenta o problema da regressividade. O novo IVA precisaria arrecadar o que todos os tributos que serão extintos arrecadam, cerca de 900 bilhões de reais. Dessa forma, a carga tributária da ordem de 45% sobre o consumo seguiria provocando suas nefastas consequências.

O Senado Federal abraçou a proposta do ex-deputado Haully e editou a PEC 110/2019. A proposta atualmente contempla a possibilidade de criar dois IVA, um adstrito ao âmbito federal e outro estadual. Haveria, portanto, a aglutinação de 5 tributos federais (IPI, PIS, COFINS, CIDE-COMBUSTIVEL e IOF) em um único imposto federal sobre o consumo – IVA FEDERAL. Além disso, um IVA Estadual, que aglutinaria ICMS e ISS, sob o comando de um comitê gestor formado por Estados e Municípios.

De plano, observa-se que não se altera o pacto federativo, já que as arrecadações de ICMS e ISS não serão comprometidas. Acerca disso, é preciso fazer duas considerações.

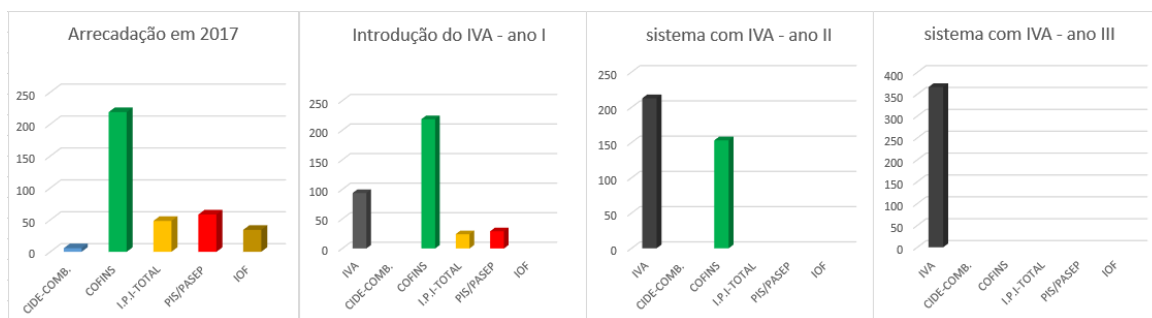
Primeiro, como o novo IVA FEDERAL absorverá o IPI, seria necessário destinar parte do novo imposto a estados e municípios, de modo a preservar o federalismo fiscal.

É fundamental que se mantenham os valores decorrentes das transferências dos Fundos Constitucionais, de modo a não frustrar expectativas de receitas dos entes subnacionais. Vale destacar também que, diferentemente da transferência dos FPE e FPM, em que a Carta Magna prevê hipóteses de bloqueio, nessa nova configuração, a parcela do IFC correspondente ao extinto IPI deveria ser disponibilizada incondicionalmente. Trata-se de transferências financeiras, de valores que transitam entre contas correntes, como ocorre com o Simples Nacional. Apenas essa mudança já implica grande avanço, sob os olhos do fortalecimento do pacto federativo.

Segundo, prestigiando a coerência do discurso e defendendo a mudança na relação fisco-contribuinte, na nova tributação sobre valor agregado, os créditos precisam ser concedidos de forma automática e integral. A discussão do que é ou não é insumo ou o que é ou não essencial ao produto final precisa dar espaço à simplicidade e à confiança entre o contribuinte e o Estado, conforme alhures defendido.

Evidente que se trata de uma quebra de paradigma e que, em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar que essa dinâmica encerraria vultosa renúncia fiscal, mas não se pode perder de vista que a reforma tributária que se pretenda profunda e estruturante precisa enfrentar o trinômio complexidade/confiança/arrecadação.

Tratando especificamente do novo IVA FEDERAL, poder-se-ia adotar a mesma sistemática defendida pelo CCiF – Centro de Cidadania Fiscal³⁸, que prevê uma alíquota inicial de 1% para o novo imposto, que seria gradualmente elevada, enquanto os demais tributos federais (que serão extintos) teriam suas alíquotas proporcionalmente reduzidas, até zerarem completamente, conforme o gráfico a seguir.



Importante destacar que o IVA FEDERAL deverá arrecadar aproximadamente 400 bilhões por ano, valor correspondente à soma da arrecadação do IPI, PIS, COFINS, IOF e CIDE. Por óbvio, a carga tributária federal sobre o consumo permaneceria inalterada em um primeiro momento. Nesse ponto, reside a melhor oportunidade para reduzirmos nossa carga tributária sobre o consumo e distribuirmos um pouco mais a tributação sobre outras bases tributárias, como patrimônio e renda. Disso se tratará o tópico a seguir.

9. DA DESONERAÇÃO DO CONSUMO

A maioria das propostas em discussão contempla de forma mais ou menos ampla a simplificação e racionalidade da tributação. Todavia nem todas observam a necessidade de reequilibrar a carga tributária, atualmente concentrada fortemente sobre o consumo.

É nesse ponto que reside o maior ganho para o pacto federativo. Desonerando o consumo, os preços dos produtos tendem a cair, o que provocará desejável elevação da demanda, aquecimento da economia, maior necessidade de contratação e investimento, movimento que, por sua vez, refletirá positivamente na arrecadação.

³⁸ Disponível em: <https://www.ccf.com.br/nossa-reforma-tributaria/>

Ainda no âmbito federal, podemos compensar a redução do *quantum* do tributo federal sobre consumo a partir de redistribuir o peso da arrecadação sobre outras bases tributárias como patrimônio e renda.

Semelhante ao tributo sobre consumo, o imposto sobre a renda no Brasil atinge diferentemente as várias camadas sociais, sendo mais benéfico com os mais ricos, principalmente pelo fenômeno conhecido por “pejotização”, de que se falara adiante.

A seguir, apresenta-se algumas formas de redução da tributação no consumo federal, analisando outras alternativas tributárias de competências da União.

9.1 DESONERAÇÃO DO CONSUMO NO ÂMBITO FEDERAL

9.1.1 DA TRIBUTAÇÃO SOBRE DIVIDENDOS

Desde 1996, o Brasil optou por não tributar os lucros ou dividendos³⁹ (art. 10 da Lei 9.249/1995). Isso produziu uma reação indesejável no comportamento dos contribuintes e, por conseguinte, nos níveis de arrecadação: os sócios das pessoas jurídicas passaram a receber valores a título de *pro-labore* pequenos, em regra na faixa de isenção do imposto de renda, atualmente R\$ 28.559,70⁴⁰. Como consequência, recebiam, posteriormente, a título de distribuição de dividendos, parcelas bem mais polpudas, isentas de imposto de renda. As relações de trabalho (Pessoas jurídicas – pessoas físicas) deram lugar a relação entre pessoas jurídicas, fenômeno conhecido como pejotização, que impulsionou a abertura de empresas com a finalidade de economia tributária.

A pejotização, em que pese promover lícita redução tributária, agrava os contornos de injustiça de nosso sistema, na medida em que o imposto de renda que poderia ser recolhido poderia, por exemplo, ser utilizado para compensar a redução da tributação sobre o consumo.

³⁹ Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

⁴⁰ Instrução Normativa Nº 1871, de 20 de fevereiro de 2019, art. 2º I.

A pejetização encerra outro problema grave: aprofunda o déficit da previdência social. Uma vez que as folhas de pagamento mingam para dar lugar a contratação de pessoas jurídicas inevitável a perda da arrecadação da contribuição patronal.

Contextualizado os efeitos nocivos da isenção da tributação sobre lucros e dividendos distribuídos, é mister aprofundar a discussão da reinserção da tributação sobre essa base de cálculo.

Corrente contrária à tributação dos dividendos alegam a bitributação, alegando que não haveria se falar em tributar a distribuição de lucros e dividendos para as pessoas físicas, uma vez que aqueles recursos já teriam sido tributados na pessoa jurídica.

Nesse momento é preciso se valer do princípio contábil da Entidade, segundo o qual os patrimônios de pessoas físicas e jurídicas não se comunicam. Portanto, a tributação havida na pessoa jurídica, segundo o princípio da Entidade, não seria óbice à tributação sobre o recurso que fosse vertido da pessoa jurídica para a pessoa física.

Em que pese essa consideração, em apreço ao objetivo final da discussão, que é encontrar um novo modelo tributário, mais justo, mais racional e que alce o Brasil a novo patamar, é possível discutir a tributação dos dividendos tomando por referência modelos existentes em outros países.

À guisa de exemplo, o modelo finlandês estabelece um percentual dos dividendos que são isentos em razão da rentabilidade do capital e faixa de faturamento. O modelo francês mantém um sistema de tributação da renda mais próximo ao conceito de *comprehensive income tax*, tributando os rendimentos do capital conjuntamente com os do trabalho, mas com uma dedução de 40% para os dividendos. Há ainda o modelo adotado por Austrália, Canadá e Nova Zelândia em que o imposto sobre o lucro da empresa vira crédito para a pessoa física na hora de calcular seu imposto de renda, resultando em uma carga tributária total similar à incidente sobre a renda da pessoa física⁴¹.

Na opinião do professor Marcos de Aguiar Villas-Bôas⁴², o modelo Australiano apresenta grande vantagem por impedir que o sócio de pessoa jurídica receba um tratamento

⁴¹ http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8354/1/TD_2380.pdf. Acesso em 23 de março de 2019.

⁴² <https://www.conjur.com.br/2015-mai-04/marcos-villas-boas-dividendos-deveriam-tributados-australia>. Acesso em 25 de março de 2019.

beneficiado em relação às demais pessoas, e, em paralelo, mitigar o efeito da bitributação entre a pessoa jurídica e seus sócios, pessoas físicas:

Como podem existir inúmeros casos diferentes, a única solução que nos parece, de fato, eficiente para evitar que o recebedor dos dividendos seja beneficiado ou prejudicado em relação aos demais é a tributação normal pela tabela progressiva, mas com a respectiva imputação de um crédito referente ao imposto pago pela pessoa jurídica na proporção dos dividendos pagos ao sócio ou acionista.

Considerando o modelo defendido pelo professor Marcos Villas-Bôas, teríamos:

Se uma empresa lucrou R\$ 1.000.000,00 ao final do período e pagou R\$ 340.000,00 a título de IRPJ incidente à alíquota de 34%, decidindo distribuir depois R\$ 100.000,00 entre os acionistas, o crédito seria obtido por uma imputação do valor pago pela empresa na proporção do valor dos dividendos distribuídos.

Tendo em vista que a sociedade resolveu distribuir 10% dos seus resultados (100.000,00), os sócios fariam jus a 10% do imposto de renda devido pela PJ (R\$ 34.000,00) de crédito para abater do seu IRPF devido.

Segundo informações obtidas junto à Receita Federal⁴³, apenas em 2017, foram distribuídos a 1.665.563 pessoas físicas de todo o país pouco mais de 280 bilhões de reais, a título de dividendos.

Se considerássemos uma alíquota efetiva de 15%, a mesma que era praticada antes da edição da Lei 9.249/1995, os 280 bilhões, hoje isentos, produziram uma arrecadação de 42 bilhões de reais, onerando quem efetivamente pode contribuir mais, em apreço ao princípio constitucional da capacidade contributiva⁴⁴.

Se fizéssemos incidir a atual alíquota progressiva (até 27,5%), teríamos um imposto de renda bruto de 77 bilhões, do qual ainda precisaria ser expurgado o imposto de renda pago pela PJ, na proporção de sua distribuição de lucros.

⁴³ R\$ 280.081.805.917,60. Dado extraído do Sistema DW, da Receita Federal. Campo de rendimentos Isentos e não tributáveis, ano-calendário 2017. Anexo I

⁴⁴ CRFB, § 1º Sempre que possível, **os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

9.1.2 DO INCREMENTO DO ITR

Uma outra forma de atenuar o peso tributário sobre o consumo pelo incremento da arrecadação sobre a renda é elevar a tributação sobre o ITR.

O imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) é um imposto federal previsto na Constituição Federal (art. 153, VI) que tem, além do objetivo de arrecadação, uma finalidade regulatória (extrafiscal), que é a de “desestimular a manutenção de propriedades improdutivas⁴⁵”.

O ITR em 2017 arrecadou 1,37 bilhão de reais ou 0,11% do PIB. No mesmo período, o IPTU arrecadou 38 bilhões de reais⁴⁶.

Bernard Appy⁴⁷ aponta os problemas inerentes à baixa arrecadação do ITR:

O maior problema na arrecadação do ITR decorre do caráter auto-declaratório na apuração do imposto e das dificuldades de fiscalização. A tendência é que os proprietários dos imóveis, no preenchimento da DITR, reduzam o valor do imposto devido através da declaração de informações inexatas das mais diversas formas, a saber: a) subavaliando o valor de mercado da terra nua; b) superestimando a área não tributável (de interesse ambiental) do imóvel; e c) superestimando o grau de utilização (GU) da área aproveitável.

E segue o professor Appy, no mesmo estudo:

O principal motivo para a precariedade da fiscalização do ITR, contudo, é a inexistência de um cadastro de imóveis georreferenciado, acessível pela Receita Federal e pelos municípios.

O estudo ainda revela que onde houve a municipalização da fiscalização do ITR, nos termos do que preconiza a Constituição⁴⁸, regulamentada pela Lei 11250, de 27 de dezembro de 2005, a arrecadação do tributo aumentou⁴⁹:

⁴⁵ Art. 153. (...) 4º O imposto previsto no inciso VI do caput: I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

⁴⁶ IPTU, ISS e ITIV correspondem a 28%, 46% e 7% da receita total dos municípios. Fonte: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/iptu_no_brasil_um_diagnostico_abrangente_0.pdf

⁴⁷ APPY, Bernard. O imposto territorial rural como forma de induzir boas práticas ambientais. Pag. 18.

Disponível em <http://www.terrabrasil.org.br/ecotecadigital/images/abook/pdf/2016/julho/Jul.16.08%20pdf.pdf>. Acesso em 28.03.2019

⁴⁸ Art. 153, §4º, III.

⁴⁹ <http://ipam.org.br/bibliotecas/o-imposto-territorial-rural-como-forma-de-induzir-boas-praticas-ambientais/>. Acesso em 28.03.2019.

O aumento da arrecadação do imposto indica que a maior proximidade da administração tributária municipal tem contribuído para a declaração de informações mais realistas por parte dos proprietários.

Reconhecendo que o VTN – valor da terra nua, declaratório fragiliza a apuração do ITR, o Legislativo aprovou a Lei no 8.847, de 28 de janeiro de 1994, que incumbiu a Receita Federal de estabelecer o VTN mínimo no âmbito municipal, com base em levantamentos de preços de mercado. Esse ato fez com que o ITR arrecadasse cerca de R\$ 750 milhões nos exercícios de 1995 e 1996, recorde que perdura até o exercício de 2014 (Araújo et al., 2014; Oliveira, 2010). Apesar de esse valor ser mais de dez vezes maior que o arrecadado pelo ITR em 1994 (R\$ 57,3 milhões), ainda está muito aquém da receita mínima estimada para esse tributo, definida em nível nacional e de forma conservadora por Balata (1996) como sendo de R\$ 1,16 bilhão. Foi o suficiente para que, dois anos mais tarde, uma nova lei do ITR fosse sancionada, retornando o VTN ao seu caráter puramente declaratório ao retirar da Receita Federal a prerrogativa para fixar o VTN mínimo (Lei no 9.393, de 19 de dezembro de 1996).

Em 2004, o economista Kenard da Silva Balata⁵⁰ realizou estudo para estimar o potencial arrecadatório do ITR no país, cujos resultados seguem na tabela a seguir:

Estimativa de ITR a ser lançado - Brasil					
Área Total do Imóvel (em hectares) = A	Quantidade de Imóveis =B	Área Total em ha (nº de imóveis x média da classe) = C	Valor dos Imóveis (C x R\$ 750,00) = D	ITR A SER LANÇADO (R\$)	Alíquota
Até 30	3.552.267	53.284.005	39.963.003.750	isento	0,00%
Maiores que 30 até 50	383.297	15.331.880	11.498.910.000	22.997.820	0,20%
Maiores que 50 até 200	629.611	78.701.375	59.026.031.250	236.104.125	0,40%
Maiores que 200 até 500	165.243	57.835.050	43.376.287.500	260.257.725	0,60%
Maiores que 500 até 1000	28.970	21.727.500	16.295.625.000	138.512.813	0,85%
Maiores que 1000 até 5000	68.367	205.101.000	153.825.750.000	2.461.212.000	1,60%
Maiores que 5000	10.426	52.130.000	39.097.500.000	1.172.925.000	3,00%
TOTAL	4.838.181	484.110.810	363.083.107.500	4.292.009.483	

Fonte: Balata apud Souza

⁵⁰<http://governancadeteras.com.br/2017/wp-content/uploads/2017/10/A-EVOLU%C3%87%C3%83O-DA-DESCENTRALIZA%C3%87%C3%83O.pdf> e <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/premios/schontag/2004/terceirolugar.pdf>

Com base na estimativa feita por Balata, considerando a variação do PIB nominal de 2004 e 2018⁵¹, teríamos um valor a lançar de ITR de R\$ 14.968.235.912,65 um incremento de aproximadamente 13,6 bilhões. Valor esse que, à semelhança do arrecadado pela tributação de dividendos, seria utilizado para redução da tributação federal sobre o consumo.

9.2 DESONERAÇÃO DO CONSUMO NO ÂMBITO ESTADUAL

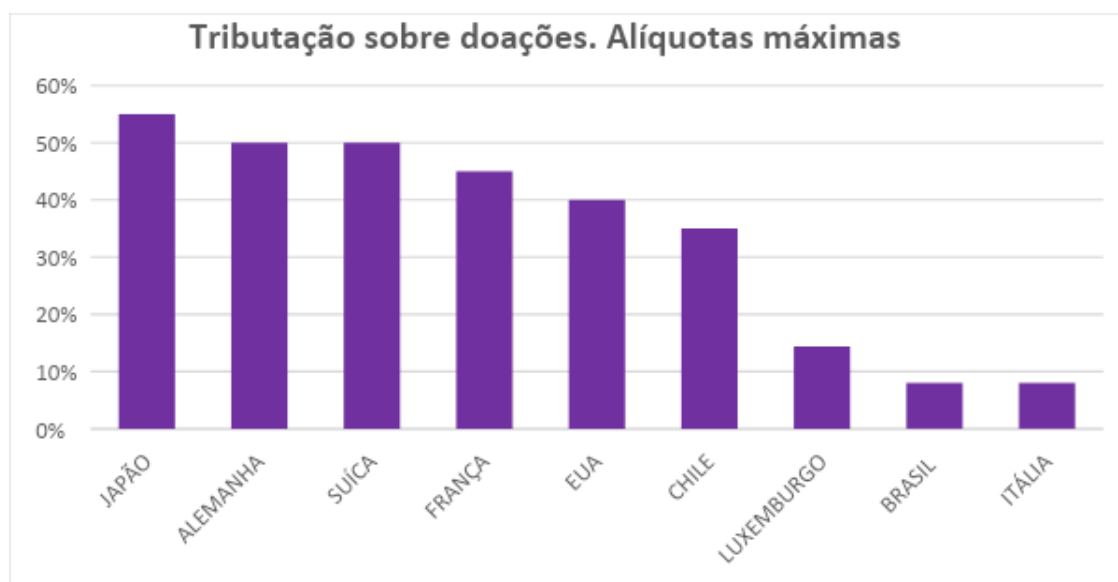
9.2.1 ELEVAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO SOBRE HERANÇA

O Brasil não tem especificamente um tributo sobre herança. Na verdade, o patrimônio que é transmitido *post mortem* obedece a regra da doação.

A Constituição da República estabelece que a alíquota máxima para o ITCMD será fixada pelo Senado Federal (art. 155 §1º, IV).

Por sua vez, a Resolução do Senado 9/1992⁵² ficou em 8% a alíquota máxima para o ITCMD.

A tributação no Brasil sobre doação é bem mais branda que a que ocorre em diversos países, como se observa do gráfico a seguir:



Fonte: <http://arte.folha.uol.com.br/graficos/d4A1J/>

⁵¹ <http://www.ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38415>. Acesso em 23 de março de 2019. PIB nominal 2004: 1,957750 trilhão. PIB nominal 2018: 6,827586 trilhões.

⁵² <https://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=590017>

O ITCMD arrecadou em 2017 pouco mais de 7,4 bilhões de reais, o que representa pouco mais de 0,11% do PIB brasileiro. No mesmo período, o ITBI – imposto sobre transmissão de bens intervivos, de competência municipal, arrecadou aproximadamente 24 bilhões ou 0,367% do PIB.

Como se observa, a tributação sobre herança possui significativo potencial arrecadatório e importa, nas palavras do professor Dr. Fernando Zilveti "uma questão de justiça fiscal: tirar mais de quem pode mais. Isso tornaria o sistema igualitário e reduziria o peso sobre a classe trabalhadora". Pare ele, o ideal seria tributar mais a renda e a herança e bem menos o consumo, se pensarmos em uma melhor distribuição da carga tributária

Tramita pelo Congresso a PEC 96/2015 que prevê um adicional à alíquota sobre o ITCMD, de tributo denominado Imposto sobre Grandes Heranças e Doações.

Pelo texto apresentado pelo Relator da matéria, Senador Roberto Rocha, a alíquota total poderia atingir 27,5%, a mesma praticada para o IRPF, que ainda assim deixaria o Brasil na condição de um dos países que menos tributaria herança no mundo, segundo gráfico anterior.

Em que pese a alíquota máxima fixada pelo Senado Federal de 8%, a alíquota média praticada pelos Estados é de 4%⁵³.

Segundo dados obtidos da Receita Federal, o valor declarado por pessoas físicas a título de transferências patrimoniais, que seriam isentas de IR, mas tributadas pelo ITCMD, foi de 105 bilhões de reais⁵⁴ em 2017. Se considerarmos a alíquota máxima prevista pela PEC 96/2015 (27,5%), seria possível fazer incidir 23,5% sobre os 105 bilhões, já que 4% (alíquota média) precisam ser descontados do atualmente tributado pelo ITCMD. O produto dessa multiplicação gera um incremento na arrecadação de 24,675 bilhões de reais, recurso que poderia ser utilizado para redução da carga tributária estadual sobre o consumo (ICMS) ou ser utilizado para compensar os efeitos demandados pela unificação e simplificação do imposto estadual.

⁵³ <https://gife.org.br/osc/itcmd/>

⁵⁴ Valor extraído do sistema DW da Receita Federal: R\$ 105.039.611.741,55 (2017). Transferências patrimoniais, doações e heranças

9.2.2 AMPLIAÇÃO DAS BASES DO IPVA

Antes de enfrentarmos as possibilidades de incremento da arrecadação do IPVA, é preciso trazer ao lume a discussão jurídica travada em torno da incidência do IPVA recair ou não de forma exclusiva sobre veículos terrestres.

O entendimento firmado pelo Eg. STF (RE 134.509/AM, o RE 255.111/SP e o RE 379.572/RJ), é no sentido da impossibilidade de incidência do imposto sobre embarcações e aeronaves. A principal linha defensiva dessa posição se escora na evolução histórica da TRU – Taxa Rodoviária Única, que teria sido sucedida pelo IPVA.

A relatoria do RE 134.509/AM, coube ao Em. Ministro Marco Aurélio, de cuja decisão se extraiu o excerto a seguir reproduzido:

Sob o ângulo jurídico, vale atentar não só para o enfoque consignado no parecer de Ioshiaki Ichiara, citado em “Comentários à Constituição do Brasil”, de Celso Bastos e Ives Gandra Martins, 1990, à página 357 – segundo a qual o imposto incide sobre a propriedade de veículos automotores, entendidos como qualquer veículo com propulsão por meio de motor, com fabricação e circulação autorizadas e destinadas ao transporte de mercadorias, pessoas ou bens – como, também, de forma mais específica, a lição de Cretella Júnior, para quem, lato sensu, veículo automotor é o impulsionado por maquinismo interno com fabricação e circulação autorizadas, servindo para o transporte de pessoas, bens ou produtos de natureza terrestre, hídrica ou aérea – obra citada, página 3.649. Ademais, na lição de Pinto Ferreira, veículo automotor é todo aquele impulsionado por meio de motor, com sua fabricação e circulação destinadas ao transporte de pessoas, bens e mercadorias – “Comentários à Constituição Brasileira”, 5º volume, artigos 127 a 162, edição Saraiva, 1992. Fosse o alcance constitucional o sufragado pela Corte de origem, haveria não só a repetição do texto da Carta anterior, a vedar a cobrança das taxas, como também a referência aos veículos automotores terrestres. (...) Por outro lado, inexistem aspectos a entender-se o preceito de forma limitada. O imposto nele previsto incide não só sobre a propriedade de veículos automotores terrestres, como também de natureza hídrica ou aérea.

A divergência foi inaugurada pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, ancorado no parecer da lavra do Procurador Geral da República à época, Moacir Antônio Machado da Silva, que apontava seis pontos a defender a circunscrição do IPVA aos veículos terrestres⁵⁵: (i) os trabalhos preparatórios para a instituição do imposto criado em substituição à Taxa Rodoviária Única, de modo que os critérios conceituais do IPVA deveriam ser definidos em harmonia com o tributo extinto; (ii) a expressão veículo automotor contida na Emenda

⁵⁵ http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41864#_ftn1

Constitucional 27 de 1985 deveria ser tomada em sentido técnico, referindo-se apenas aos que percorrem as vias terrestres, consoante se vê na legislação do tráfego e trânsito; (iii) os veículos aéreos sempre receberam a denominação de aeronaves; (iv) a tributação pretendida provocaria sérios problemas administrativos, tendo em vista a sobreposição do registro estadual de aeronaves ao registro aeronáutico a cargo da União; (v) as demais unidades da Federação, ao descreverem a hipótese de incidência do imposto, apenas se referiram a veículos de transporte terrestre; (vi) a tentativa de tributar as aeronaves e embarcações é incompatível com a determinação de distribuição de receita do IPVA para os Municípios onde estivessem licenciados os veículos.

Com respeito à restrição da incidência do IPVA sobre veículos automotores, em apoio à posição do Ministro Marco Aurélio, Gladston Mamede (MAMEDE, 2002, p. 23). esclarece “que a definição de veículo, e o significado de automotor abrangem todos os veículos que têm movimento intrínseco à estrutura, e que se automovimentam utilizando-se, para tanto, de um motor”.

Ainda segundo Mamede:

A Constituição não restringiu a ideia de veículo à movimentação terrestre, o que implica necessariamente a inclusão dos veículos para movimentação pela água e pelo ar. A simples presença de motor no veículo aéreo é o suficiente para a tributação.

Inobstante a força do argumento da possibilidade de incidência do IPVA sobre outros veículos automotores que não os terrestres, o texto constitucional poderia ser alterado para prever a regulamentação da definição dos fatos geradores e hipóteses de incidência, por lei complementar⁵⁶ como forma de encerrar o debate judicial e jurídico acerca do tema.

Com respeito aos entraves administrativos suscitados, como os referentes aos registros de aeronaves e embarcações, é mister dizer que o compartilhamento de cadastro, seja de aeronaves, sob responsabilidade da ANAC⁵⁷, seja de embarcações, de responsabilidade da Marinha do Brasil⁵⁸, com os municípios é algo que a tecnologia elucida sem maiores esforços.

Superado o entrave judicial e jurídico acerca da possibilidade de incidência do IPVA sobre veículos automotores, aberta a possibilidade de incremento da arrecadação do

⁵⁶ CRFB. Art. 146, III, a.

⁵⁷ <http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/aeronaves/registro-aeronaves>

⁵⁸ <http://dados.gov.br/organization/marinha-do-brasil>

IPVA e a consequente redução da carga tributária sobre o consumo (ICMS), à exemplo do planejado para a esfera federal.

Dados obtidos junto à Receita Federal mostram que em 2018, o valor de aeronaves declaradas por pessoas físicas totalizou pouco mais de 2,8⁵⁹ bilhões de reais.

Por sua vez, segundo informações que constam do Registro de Aeronáutico Brasileiro, unidade organizacional da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, existem registradas 22.202 aeronaves (já excluídas as reservas de marca e matrículas canceladas), cujos valores declarados por seus proprietários totalizam mais de 85 bilhões de reais. Todavia, esse valor deve ser bem maior, já que apenas 12.919 declararam os respectivos valores⁶⁰.

Considerando a competência do Senado Federal de fixar alíquotas mínimas para o IPVA e destas poderem se diferenciar em função do tipo do veículo e sua utilização⁶¹, seria possível escalonar as alíquotas, tomando por base tais parâmetros, e construir a tabela a seguir.

FAIXA DE VALORES	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	VALOR DO IPVA'
DE 0 A 1MM	2.068.412.801,41	3,00%	62.052.384,04
DE 1 A 10MM	6.897.566.447,79	2,00%	137.951.328,96
DE 10 A 100MM	15.153.181.036,76	1,00%	151.531.810,37
ACIMA DE 100MM	61.253.759.551,73	0,30%	183.761.278,66
TOTAL			535.296.802,02

À primeira vista, o valor de 0,5 bilhão de reais não impressiona. Todavia, é mister reiterar que as bases possuem valores desatualizados e não incluem as embarcações, que, segundo dados extraídos dos sistemas da Receita Federal⁶² apontam que em 2017 atingiram quase 8 bilhões de reais, somente de pessoas físicas. É possível que as bases de dados (aeronaves e embarcações) devidamente atualizadas possam gerar uma arrecadação adicional que também seria utilizada para reduzir a tributação estadual sobre consumo (IVA Estadual) e promover a justa tributação dos referidos veículos automotores.

⁵⁹ Aeronaves declaradas por pessoas físicas : R\$ 2.866.082.980,65

⁶⁰ Não foram considerados valores iguais ou inferiores a R\$ 10,00

⁶¹ CRFB. Art. 155 §6º, I e II

⁶² Extração obtida a partir do sistema DW. Valor declarado por pessoas físicas: R\$ 7.909.627.267,44

10. ICMS: UM CAPÍTULO À PARTE

À exemplo da União, os Estados também possuem uma tributação fortemente ancorada no consumo, o que implica sensação de maior carga tributária para a grande maioria dos brasileiros.

Segundo dados publicados pelo CONFAZ, foi possível construir a tabela a seguir, que classifica os Estados da menor para a maior arrecadação de ICMS e revela o tamanho do peso do ICMS nacional sobre o consumo: 445 bilhões de reais⁶³ arrecadados em 2017, o que representa mais de 22% da arrecadação nacional.

ARRECADAÇÃO NACIONAL DO ICMS

⁶³ <https://www.confaz.fazenda.gov.br/boletim-de-arrecadacao-dos-tributos-estaduais>. acesso em 10/10/2018.

ESTADO	VALOR (R\$)
AMAPÁ	753.646.889,00
RORAIMA	778.452.650,00
ACRE	1.179.511.880,00
TOCANTINS	2.536.402.413,00
SERGIPE	3.201.570.079,00
RONDONIA	3.270.647.827,00
ALAGOAS	3.608.269.308,00
PIAUÍ	3.802.431.414,00
PARAIBA	5.187.127.453,00
RIO GRANDE DO NORTE	5.190.110.202,00
MARANHÃO	5.787.443.201,00
DISTRITO FEDERAL	7.893.709.626,00
AMAZONAS	8.217.346.122,00
MATO GROSSO DO SUL	8.874.409.483,00
ESPÍRITO SANTO	9.351.574.774,00
PARÁ	10.257.950.328,00
MATO GROSSO	10.916.005.252,00
CEARÁ	11.354.230.906,00
PERNAMBUCO	14.466.357.628,00
GOIÁS	15.022.541.308,00
SANTA CATARINA	19.380.960.008,00
BAHIA	21.208.497.131,00
PARANÁ	29.586.341.151,00
RIO GRANDE DO SUL	32.400.553.524,00
RIO DE JANEIRO	32.570.081.471,00
MINAS GERAIS	46.672.269.585,00
SAO PAULO	132.259.230.818,00
TOTAL	445.727.672.431,00

Além do peso sobre o consumo, o ICMS e suas 27 legislações federais produzem enorme complexidade, insegurança jurídica e contenciosos administrativo e judicial. Das 1958 horas calculadas pelo Doing Business para cumprimento das obrigações tributárias brasileiras (apenas as obrigações federais e estaduais), 1160 horas são oriundas do ICMS, valor que se obtém expurgando as horas gastas com tributos federais (IPI, PIS, COFINS e CIDE) e que totalizam 798 horas.

Para se atingir um federalismo realmente harmônico e uma tributação mais justa, reformar o ICMS é absolutamente imperativo.

Os professores Geraldo Biasoto Junior e José Roberto Afonso⁶⁴ que salientam que:

⁶⁴ BIASOTO JUNIOR, Geraldo e AFONSO, José Roberto. Ob. cit. Pag 47.

Os desafios para conseguir um federalismo que seja mais harmônico são muito grandes. Vale citar apenas alguns: reformar o icms, acabar com sua guerra fiscal, corrigir a taxação do comércio eletrônico, delimitar fronteiras entre o icms e o iss, o rateio dos royalties, as transferências federais de impostos e o acesso ao endividamento.

Os mesmos autores⁶⁵ arrematam que, além da discussão em torno da reforma do ICMS, o conjunto tributário merece reparo:

É absolutamente imprescindível a discussão do ICMS. Antes de tudo, que não se limite apenas a esse imposto, mas que se alcance o conjunto do sistema tributário vigente. A fragmentação dos debates e da reforma tende a levar o país ao impasse federativo, a um beco sem saída, quando existem alternativas (técnica e politicamente) viáveis como a do imposto sobre valor agregado (IVA) compartilhado entre união e os estados. É preciso retomar essa alternativa, porque ela abre as condições para barrar a guerra fiscal no seu nascedouro.

Por óbvio que uma reforma estruturante que pretenda equacionar os problemas de simplificação, racionalização e desoneração do consumo precisa enfrentar o caos tributário produzido pelo ICMS.

As soluções propostas anteriormente podem servir de parâmetro a eventual simplificação do ICMS.

A concepção formatada pelo prof. Miguel Abuhab, de combate das causas raízes e eliminação dos efeitos indesejáveis, pode ser um excelente balizador, principalmente se já tiver sido experimentada sobre o IVA FEDERAL. A partir do aprendizado colhido no âmbito federal, seria possível replicar a sistemática para os Estados, simplificando a forma como o cálculo e a arrecadação do tributo serão realizados.

Atingindo mais simplicidade e transparência com a implantação do modelo federal para o nível estadual de arrecadação, espera-se um aumento na parcela dos que efetivamente paguem o tributo, de forma que seja possível reduzir a alíquota média, atingindo a mesma arrecadação.

Reduzir a tributação sobre consumo depende primordialmente de se definir o quanto se deseja onerar outras bases tributárias, como patrimônio e renda.

⁶⁵ BIASOTO JUNIOR, Geraldo e AFONSO, José Roberto. Ob. cit. Pag. 52.

11. CONCLUSÕES

Há muito, a reforma tributária é pensada e discutida.

Um dos principais óbices é a preocupação com o pacto federativo, a que a Constituição da República reserva apreço especial.

A reforma tributária de que precisa o Brasil deve ser estruturante. Deve simplificar a forma como os tributos são arrecadados e desonerar o consumo, pela maior tributação do patrimônio e renda.

Essas duas medidas são decisivas para o fortalecimento do pacto federativo.

A primeira por destravar a economia e permitir que sociedades empresariais se dediquem mais às atividades de empresa e menos com a burocracia tributária, o que as tornará mais competitivas, potencializarão seus resultados, impactando positivamente a arrecadação.

A segunda, porque, com a redução esperada no preço final dos produtos, tendo em vista o menor peso que os tributos terão sobre eles, o consumo será estimulado, demandando investimentos e contratações. Este novo cenário geraria indiscutível incremento na economia, o que elevaria a arrecadação, possibilitando mais recursos a Estados e Municípios para investimentos e execução das suas políticas públicas, fortalecendo, portanto, o pacto federativo.

Imperioso mencionar que por traz de alteração de atos normativos legais e constitucionais está um complexo processo de mudança cultural. O tributo precisa ser visto como um bem de todos e não do Estado. Portanto, por todos deve ser defendido, Estado e sociedade. Iniciativas que comprometam a arrecadação, sejam legais, como os diversos parcelamentos e as inúmeras desonerações, precisam ser racionalizados, e as ilegais, como sonegação e fraudes, rigorosamente reprimido pelo Estado, com o apoio de toda a sociedade.

O imenso esforço que uma remodelação de sistema tributário demanda precisa estar ancorado em práticas que lhe assegurem efetividade. Todos precisam se comprometer com a nova ordem tributária, que alçará o Brasil a um patamar de maior relevo no contexto mundial.

12. REFERÊNCIAS

CARVALHO JR., P.H.B. 2006. **IPTU no Brasil: progressividade, arrecadação e aspectos extrafiscais**. Texto para Discussão 1251. IPEA, Brasília.

CALMON, Sacha e outros. **Federalismo fiscal Brasil-Alemanha**. V. 4. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2016.

RECEITA FEDERAL. **Relatórios do Resultado da Arrecadação**. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2017/2017-relatorios-do-resultado-da-arrecadacao-anos-antiores-capa>> Acesso em 12/03/2019.

FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. **Repasse de recursos do Fundeb**. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/component/k2/item/972-repasse-de-recursos-do-fundeb>. Acesso em 12/03/2019

TESOURO NACIONAL. Transferências Constitucionais. Disponível em: <<http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2600:1>>. Acesso em 12/03/2019.

CINTRA, Marcos: **Bank transactions: pathway to the single tax ideal**. 2009.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Arrecadação de ISS cresce em pequenos municípios**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7458. Acesso em 15/03/2019.

RECEITA FEDERAL. **Desonerações Instituídas**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/desoneracoes-instituidas/desoneracoes-instituidas-capa>. Acesso em 10.10.2018.

RECEITA FEDERAL. **Análise da Arrecadação das Receitas Federais**. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2015/dezembro2015/analise-mensal-dez-2015.pdf>. Acesso em 15/03/2019.

VARSANO, Ricardo. **A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/issue/view/12>. Acesso em 09.03.2019

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. **Sem as reformas necessárias, Brasil se mantém entre os países menos competitivos do mundo**. Disponível em: https://www.fdc.org.br/conhecimento-site/nucleos-de-pesquisa-site/materiais/relat%c3%b3rio_analise_competitividade_2018_fdc_imd.pdf. Acesso em 09/03/2019.

PINTO, Ana Estela de Sousa. **Infraestrutura 'encolhe' R\$ 40 bi em dois anos**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/infraestrutura-encolhe-r-40-bi-em-dois-anos.shtml>. Acesso em 09/03/2019.

CANZIAN, Fernando. **70% dos municípios dependem em mais de 80% de verbas externas**. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml>. Acesso em 12/03/2019.

IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 30 anos da constituição federal de 1988**. disponível em:

<https://ibpt.com.br/noticia/2683/Quantidade-de-normas-editadas-no-Brasil-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em 12/03/2019.

THE WORLD BANK. **Doing Business**. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/pt/rankings>. Acesso em 19/03/2019.

THE WORLD BANK. **Facilidade de se fazer negócios em Brasil**. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>. Acesso em 19/03/2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE. **A carga tributária sobre os planos de saúde**. Disponível em: <http://www.abrange.com.br/portal/index.php/pt-BR/noticias-do-setor/208-a-carga-tributaria-sobre-os-planos-de-saude>. Acesso em 27/09/2018.

PEDROSA, Ana Paula. **Carga tributária sobre saúde e educação supera a de bancos**. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/capa/economia/carga-tribut%C3%A1ria-sobre-sa%C3%BAde-e-educa%C3%A7%C3%A3o-supera-a-de-bancos-1.915424>. Acesso em 27/10/2018.

IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **Consumidores pagam mais de 54% em tributos nos produtos da Páscoa, segundo levantamento do IBPT**. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2573/Consumidores-pagam-mais-de-54-em-tributos-nos-produtos-da-Pascoa-segundo-levantamento-do-IBPT>. Acesso em 27/10/2018.

Quanto custa o Brasil. Disponível em: http://www.quantocustaobrasil.com.br/downloads/impostos_quantocustaobrasil.pdf. Acesso em 27/10/2018.

ANFAVEA - Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores. **Imposto sobre carros no Brasil é maior do mundo, diz Anfavea**. Disponível em: <https://www.icarros.com.br/noticias/geral/imposto-sobre-carros-no-brasil-e-maior-do-mundo,-diz-anfavea/20463.html>. Acesso em 27/20/2018.

FIEPR - Federação das Indústrias do Estado do Paraná. **A sombra do Imposto**. Disponível em: <http://www.fiepr.org.br/sombradoimposto/veja-o-quanto-voce-paga-de-imposto-1-14466-115735.shtml>. Acesso em 27/10/2018.

JÚNIOR, Pedro Humberto B de Carvalho. **Habitação e impostos urbanos**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1032:catid=28&Itemid=23. Acesso em 27/03/2018.

RECEITA FEDERAL. **Carga tributária dos produtos de consumo popular**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/EducacaoFiscal/PrimeiroSeminario/22cargatributariaproductosdeconsumopopular.pdf>. Acesso em 27/10/2018.

Agência IBGE. **PIB avança 1,0% em 2017 e fecha ano em R\$ 6,6trilhões**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20166-pib-avanca-1-0-em-2017-e-fecha-ano-em-r-6-6-trilhoes.html>. Acesso em 27/10/2018.

RECEITA FEDERAL. **Carga Tributária 2017**. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf/view>. Acesso em 27/10/2018.

AFONSO, José Roberto. ARAUJO, Erika Amorim, NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **IPTU no Brasil, um diagnóstico abrangente**. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/iptu_no_brasil_um_diagnostico_abrangente_0.pdf. Acesso em 27/10/2018.

REVISTA VEJA. **Gastos de brasileiros no exterior caem 3,88% em 2018, diz Banco Central**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/gasto-de-brasileiros-no-exterior-caem-388-em-2018-diz-banco-central>. Acesso em 17/03/2019

PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **PGFN em números**. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Acesso em 12/03/2019.

JORNAL O DIA. IBGE: **metade da população brasileira vive com menos de um salário mínimo**. Disponível em: https://odia.ig.com.br/_conteudo/economia/2017-11-29/ibge-metade-da-populacao-brasileira-vive-com-menos-de-um-salario-minimo.html. Acesso em 12/03/2019.

WORLD BANK. **Doing Business 2018**. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>. Acesso em 17/03/2019

RECEITA FEDERAL. **Sistema Normas**. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaosSelecionados=&tiposAtosSelecionados=72&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=&numero_ato=&tipoData=2&dt_inicio. Acesso em 19/03/2019.

CINTRA, Marcos. **O que é o Imposto Único**. Disponível em: <https://www.marcoscindra.org/o-que-e-o-imposto-unico>. Acesso em 17/03/2019.

RECEITA FEDERAL. **Arrecadação das Receitas Administradas pela RFB por divisão econômica**. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/arrecadacao-por-divisao-economica-da-cnae/arrecadacao-por-divisao-economica-cnae-2011-2017-1.pdf>. Acesso em 17/03/2019.

RECEITA FEDERAL. **Análise mensal - dezembro 2007**. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2007/analise-mensal-dezembro-2007/view>. Acesso em 12/03/2019.

IPEA. **Produto interno bruto (PIB) nominal**. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38415>. Acesso em 13/03/2019.

DE SANTI, Eurico, COELHO, Isaías, MACHADO, Nelson e APPY, Bernard. **CCiF – Centro de Cidadania Fiscal. Nossa reforma tributária.** Disponível em: <https://www.ccif.com.br/nossa-reforma-tributaria>. Acesso em 23/03/2019

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Tributação do capital no brasil e no mundo.** Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8354/1/td_2380.pdf. Acesso em 23/03/2019.

VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. **Dividendos brasileiros deveriam ser tributados como na Austrália.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-04/marcos-villas-boas-dividendos-deveriam-tributados-australia>. Acesso em 25/03/2019.

APPY, Bernanrd, MOUTINHO, Paulo. **O Imposto Territorial Rural como forma de induzir boas práticas ambientais.** Disponível em: <http://ipam.org.br/bibliotecas/o-imposto-territorial-rural-como-forma-de-induzir-boas-praticas-ambientais>. Acesso em 28/03/2019.

REYDON, Bastiaan P. e OLIVEIRA , Thiago Ademir Macedo. **A evolução da descentralização fiscal do ITR e a gestão territorial integral nos municípios.** Disponível em: <http://governancadetererras.com.br/2017/wp-content/uploads/2017/10/evolu%C3%87%C3%83o-da-descentraliza%C3%87%C3%83o.pdf>. Acesso em 28/03/2019.

SOUZA, Eustáquio Gomes. **ITR: uma Legislação Eficiente e uma Arrecadação**

Incongruente. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/premios/schontag/2004/terceirolugar.pdf>. Acesso em 28/03/2019.

Resolução do Senado Federal nº 9 de 05/05/1992. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=590017>. Acesso em 23/03/2019.

SIMÃO, Edna. **Arrecadação do IPTU não chega a US\$ 50 per capita, diz estudo.** Disponível em: <https://gife.org.br/osc/itcmd/>. Aceso em 25/03/2019.

GARCIA , Ricardo Oliveira F. **O fato gerador do IPVA segundo o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41864#_ftn1. Acesso em 23/03/2019.

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. **Registro de Aeronaves.** Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/aeronaves/registro-aeronaves>. Acesso em 02/04/2019.

Marinha do Brasil. **Embarcações.** Disponível em: <http://dados.gov.br/organization/marinha-do-brasil>. Acesso em 02/04/2019.

CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária. **Boletim de Arrecadação dos Tributos Estaduais.** Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/boletim-de-arrecadacao-dos-tributos-estaduais>. Acesso em 10/10/2018.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em 02/04/2019.

Instrução Normativa RFB 1871/2019. Disponível em:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=98886&visao=anotado>. Acesso em 23/03/2019.

Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 23/03/2019.

PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE NO ICMS: INCLUSÃO DA ÁGUA MINERAL NA CESTA BÁSICA

Hully Helen Conceição Rosário Oliveira

Resumo: O artigo apresenta a possibilidade de tornar acessível a toda população brasileira a água mineral para consumo, por meio da diminuição da carga tributária, em especial redução do ICMS, concedido ao rol de alimentos considerados mínimo existencial (ração-tipo), elencado no Decreto-Lei nº 399, de 1938. O objetivo é analisar a possibilidade de incluir a água mineral no rol de alimentos da cesta básica. Para a realização deste estudo, foi adotado como metodologia de pesquisa o método dedutivo, diante do entendimento de que os produtos da cesta básica deveriam atender as necessidades normais de um cidadão adulto (DL, art. 31, e anexo), e sendo a água um produto indispensável diante da sua essencialidade para o organismo. Os objetivos específicos consistem em analisar a possibilidade de redução da carga tributária, de forma a permitir que o consumidor final adquira o produto, arcando com valor mais baixo, e consequentemente a água mineral se torne acessível a todas as classes sociais. Concluiu-se, ao fim, que é dever do Estado facilitar à sociedade o acesso aos produtos essenciais mínimos para sobrevivência, podendo valer-se da alteração no critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, no que tange à água mineral como mercadoria.

Palavras-chave: extrafiscalidade; benefício fiscal; essencialidade; água mineral; cesta básica.

Abstract: The article presents the possibility of making mineral water for consumption accessible to the entire Brazilian population through the reduction of the tax burden, especially the reduction of ICMS, granted to the list of foods considered existential minimum (standard ration), listed in Decree-Law No. 399 of 1938. The objective is to analyze the possibility of including mineral water in the list of basic food baskets. For this study, the deductive method was adopted as the research methodology, given the understanding that the products of the basic basket should meet the normal needs of an adult citizen (DL, art. 31, and annex), and being water an indispensable product in view of its essentiality for the organism. The specific objectives are to analyze the possibility of reducing the tax burden, in order to allow the final consumer to buy the product, bearing lower value, and consequently the mineral water becomes accessible to all social classes. It was concluded, in the end, that it is the duty of the State to facilitate society's access to the minimum essential products for survival, and may make use of the change in the quantitative criterion of the tax incidence matrix rule with respect to mineral water as a commodity.

Keywords: extrafiscality; tax benefit; essentiality; mineral water; basic basket.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a possibilidade de uso do direito tributário como instrumento a tornar acessível água mineral para consumo de toda população brasileira, por meio da inclusão desse recurso mineral no rol de alimentos do Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938, o qual elenca os alimentos considerados produtos essenciais mínimos para o consumo do trabalhador adulto.

O estudo analisa a má distribuição da água mineral, e atém-se à realidade da escassez de água no Brasil, para encontrar a resposta sobre a possibilidade (ou não) de solução desse problema. Os objetivos específicos são a diminuição da carga tributária que recai sobre a água mineral, a fim de desonerar o valor desse produto para o consumidor final.

O artigo discorre primeiramente sobre a extrafiscalidade, como meio de intervenção econômica a permitir à população o acesso aos produtos essenciais mínimos, portanto medida de garantia dos direitos fundamentais pela União.

Em seguida, é apresentado o objeto que se pretende tornar mais acessível à população, qual seja a água mineral, e as dificuldades de acesso por cada região e o motivo. Diante da importância do destaque sobre a desigualdade da divisão desse bem essencial, o capítulo veicula um subcapítulo que trata da recente inclusão da água no rol de direitos fundamentais. A importância deste subcapítulo sustenta-se no entendimento de que a categoria de princípios constitucionais nomeadas como “direitos fundamentais” foi destacada pelo constituinte originário com hierarquia superior, de forma que não poderia sofrer violações ou ameaça sequer pelo constituinte derivado, *ex vi* do art. 60, §4, da CRFB/88¹.

No quarto capítulo foi apresentado o que é a cesta básica de alimentos e qual a razão de um novo alimento integrar aquele rol.

Por fim, no último capítulo restou discorrido sobre o princípio da essencialidade no ICMS e benefícios fiscais.

¹ Esse entendimento é levantado por Liziane Angelotti Meira, em artigo publicado no livro *Tributação e direitos fundamentais*. CORREIA NETO, Celso de Barros; BRANCO, Paulo Gonet; MEIRA, Liziane Angelotti. **Tributação e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 229.

1 A EXTRAFISCALIDADE COMO AMPARO À POPULAÇÃO

O Estado do século XXI configura o Estado Democrático e Social de Direito, caracterizado pela restrição do intervencionismo e diminuição de tamanho², que concede espaço à livre iniciativa privada.

Traz como herança do Estado Social Fiscal³, ora superado⁴, a finalidade essencial de regular a vida humana em sociedade, devendo atingir a realização do bem comum. Para isso “desenvolve atividades políticas, econômicas, sociais, administrativas, financeiras”, que resultam em despesas. Diante disso, os entes federativos necessitam de recursos financeiros que possibilite a manutenção dessas despesas públicas⁵.

A essa atividade de obter, gerir e aplicar recursos financeiros, praticada pelo Estado para alcançar seus fins, foi dado o nome de “fiscalidade”⁶, que é a atividade voltada à geração de receitas públicas, maneira mediata de prover o interesse público⁷.

No entanto, é permitido que a atividade tributária faça mais do que apenas prover os cofres públicos⁸, sendo comum o uso do tributo “com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões”, entre outras formas de produzir os mais diversos efeitos na economia⁹. A esse objetivo do tributo, que transcende a função arrecadatória¹⁰, a linguagem jurídica dá o nome de extrafiscalidade, que é a maneira imediata de intervenção na ordem econômica¹¹.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pg. 29.

³ No Estado Social, ou Estado Social Fiscal, “o Estado avoluma-se e igualmente cresce enormemente sua necessidade de recursos. A carga tributária agiganta-se para sustentar o Estado Social”. Esse modelo foi substituído no século XXI pelo “Estado Democrático e Social de Direito”, marcado pela diminuição e restrição a seu intervencionismo. Tal substituição se deu quando o “agigantamento do Estado passou a ser questionado quando se passou a considerar que seu crescimento já não era garantia de melhor distribuição de renda ou de eficiência econômica”, conforme Schoueri (2018, p. 28-29).

⁴ Idem, pg. 29

⁵ CASSONE, Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Pg. 25.

⁶ Idem, pg. 25, Ruy Barbosa Nogueira, apud Cassone.

⁷ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. Pg. 81.

⁸ Idem, pg. 79.

⁹ BORBA, Claudio. **Direito tributário**. 17ª ed. Atual. Até a Emenda Constitucional nº 44/04. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. Pgs 49-50.

¹⁰ Idem, pg. 50.

¹¹ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. Pg. 81.

A extrafiscalidade foge ao padrão ordinário da tributação, em contrapartida, “acentua a natureza instrumental¹² e a dimensão finalística dos tributos, não só como meios de financiamento do poder público, mas também como mecanismos capazes de interferir nas atividades econômicas”, como bem colocado por CORREIA NETO (2016)¹³. Nesse passo, é possível contribuir diretamente para a efetivação de direitos fundamentais por meio da extrafiscalidade de três formas: como limites à cobrança de tributos; como fonte de recursos para o custeio de políticas públicas; ou como instrumentos extrafiscais de efetivação dos direitos fundamentais, por meio de normas indutoras¹⁴.

Assim, os tributos podem ter uma relação direta com suas funções, atuando como medida indutora de comportamentos¹⁵.

Ao observar esta característica, SCHOUERI (2018) define que o tributo possui variadas funções: primeiramente a função arrecadadora, facilmente perceptível por ser a função primária do tributo, e ao lado desta, as funções: alocativa (indutora), estabilizadora e distributiva. Estas definições foram elaboradas diante do reconhecimento do poder de influência que o tributo tem no que toca ao comportamento dos agentes econômicos, dado que, o tributo pode influir até mesmo no equilíbrio de mercado, podendo causar mudanças decisivas¹⁶.

A função distributiva do tributo, por sua vez, realiza ajustes distributivos, de forma que é permitido ao governo impor alíquotas mais altas em bens considerados supérfluos e alíquotas mais baixas em bens com alta participação no consumo da população de baixa renda, como os bens que compõem a cesta básica. Diz respeito ao uso da tributação para atingir a justiça social¹⁷, ao redistribuir a renda, retirando mais de uns e aplicando em favor de outros. SCHOUERI (2018) explica que tal fenômeno visa a

¹² Correia Neto (2016, p. 80) faz uso das palavras de José Souto Maior Borges ao explicar que a atividade financeira é instrumental, dado que consiste “na criação, obtenção, gestão e dispêndio do dinheiro público para a execução dos serviços afetos ao Estado”.

¹³ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. Pg 78-9.

¹⁴ CORREIA NETO, Celso de Barros. **Os impostos e o Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2017. Pgs. 40 e 50.

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pg. 36

¹⁶ Idem, p.36

¹⁷ Idem, pg. 10 e 13-14.

redução de desigualdades sociais no Estado Social¹⁸. Essa função almeja que a distribuição de renda predominante seja a considerada mais justa pela sociedade¹⁹.

Os instrumentos principais utilizados pelo governo para promover a redistribuição de renda são: i) as transferências, promovendo a redistribuição direta de renda, “tributando em maior medida os indivíduos pertencentes às camadas de renda mais alta”; ii) os impostos, de forma que as receitas captadas pela tributação “dos indivíduos de renda mais alta podem ser utilizados para o financiamento de programas voltados para a parcela da população de baixa renda, como o de construção de moradias populares”; e iii) os subsídios, em que “o governo pode impor alíquotas de impostos mais altas aos bens considerados de ‘luxo’ ou ‘supérfluos’, consumidos pelos indivíduos de renda mais alta, e cobrar alíquotas mais baixas dos bens que compõem a cesta básica”, subsidiando, desta maneira, os bens de primeira necessidade, “com alta participação no consumo da população de baixa renda”²⁰.

Diante dessa função, é dado ao legislador poder discricionário para escolher “se, quando, como e em relação a que critérios vai exercer sua competência tributária”, contanto que os princípios e regras constitucionais, inclusive os limites da capacidade contributiva, permaneçam respeitados²¹. Cinco, dos vinte e sete entes subnacionais, se valeram dessa autonomia para a concessão de benefício fiscal na água mineral em vasilhames de até 20 litros²², renunciando parcialmente as receitas, por meio da redução da alíquota do ICMS.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pg. 36.

¹⁹ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 4. Ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 10

²⁰ Idem, pg. 14.

²¹ MEIRA, Liziane Angelotti. **Tributos sobre o comércio exterior**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 201.

²² Os Estados que incluem a água mineral na cesta básica são: Paraíba, pela Lei nº 10.956 de 18 de julho de 2017; Estado do Rio de Janeiro, pela Lei nº 7.484 de 8 de novembro de 2016; Estado de São Paulo, pelo Decreto nº 61.103, de 2 de fevereiro de 2015, que altera o RICMS/SP e o Estado de Santa Catarina, pelo Decreto nº 364, de 11 de julho de 2011.

Trata-se de benefício fiscal de redução tributária²³, concedido na base de cálculo do ICMS, benefício este que atua diretamente “no critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária”²⁴.

O economista REZENDE (2001) define que os preços de determinados produtos “podem ser modificados por meio de uma redução no imposto cobrado sobre o valor da respectiva produção ou mediante recurso ao tabelamento”, no entanto, a opção a ser utilizada interferirá também na mobilização de recursos financeiros, de forma que quanto maior a intervenção direta do governo na produção, haverá um aumento proporcional e consequencial na transferência de recursos financeiros do setor privado para o público, “aumentando a importância de análises das alternativas de financiamento”²⁵.

Há atividades que mesmo que o Estado não seja responsável por sua produção – tratando-se de bem ou serviço – é intrinsecamente responsável por sua provisão, cabendo ao mesmo o dever de zelar para que a população seja adequadamente servida em termos de oferta e qualidade²⁶.

GIAMBIAGI (2011) destaca a necessidade de concessão pelo Estado de bens semipúblicos ou meritórios, sendo estes bens que, muito embora possam ser submetidos ao princípio da exclusão²⁷ podem ser explorados pelo setor privado, mas devem ser

²³ Afrânio Menezes de Oliveira Júnior, em sua dissertação de mestrado apresentada em 2015 na Universidade Federal de Alagoas apresenta que a denominação “isenção parcial” é criticada pelos autores José de Souto Maior Borges e Sacha Calmon Navarro Coêlho, dado que na redução tributária o fato gerador da obrigação tributária se produz (Maior Borges apud Oliveira Junior, 2015, p. 59), enquanto “a isenção é o oposto de incidência: ‘as reduções, ao invés, pressupõem a incidência e a existência do dever tributário instaurado com a realização do fato jurígeno previsto na hipótese da norma de tributação’” (Calmon apud Oliveira Júnior, 2015, 60)

²⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Afrânio Menezes de. **Incentivos Fiscais no Âmbito do ICMS: regramento constitucional, falhas jurídico-legislativas e guerra fiscal**. 2015. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Alagoas, pg. 60. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1464/1/Incentivos%20fiscais%20no%20ambito%20do%20ICMS%20-%20regramento%20constitucional%20-%20falhas%20juridico-legislativas%20-%20federalismo%20e%20guerra%20fiscal.pdf>>

²⁵ “Ocorre que, quanto maior for a importância relativa do goveno como produtor de bens e serviços – e maior, por conseguinte, for a necessidade de transferência de recursos financeiros -, maiores serão os efeitos indiretos sobre o setor privado que resultam das opções utilizadas para o financiamento dos encargos governamentais.” REZENDE, Fernando Antonio. **Finanças Públicas**. 2ª ed. - 6. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2010. Pgs. 43-44

²⁶ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 4. Ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 12-13.

²⁷ Conforme Rezende (2010, p. 27-28), os bens ou serviços públicos possuem duas características: a não-rivalidade e a impossibilidade de exclusão de seu consumo. Como exemplo de serviço público temos a

fornecidos pelo setor público diante dos altos benefícios sociais e externalidades positivas²⁸.

2. ÁGUA LIMPA PARA TODOS

O Brasil é produtor de sete bilhões de litros de água mineral anuais, estando entre os grandes produtores do mundo²⁹. No entanto, isso não significa que a água seja um recurso ilimitado e acessível a toda população, pelo contrário, a água é um recurso finito e sua distribuição é natural e desproporcional.

Uso da água para abastecimento humano³⁰ é um dos principais usos da água no Brasil, sendo retirada anualmente por volta de 488,3 m³/s, dentre estes, 97,7 m³/s para consumo, tomando-se por base o ano de 2016, conforme relatório publicado pela Agência Nacional de Águas em 2017³¹.

A Agência Nacional de Águas relata que “58% das cidades (139 milhões de habitantes) são abastecidas de forma preponderante por rios, lagos ou reservatórios

defesa nacional, cujo consumo é claramente não rival e não exclusivo. Além dos bens públicos puros, há os semipúblicos, classificado por alguns autores como meritórios, estes possuem parte da característica dos bens públicos. Como exemplo de bens semipúblicos cita a educação, que “até determinado limite, não há diferença se em uma sala de aula entra um novo aluno, ou seja, não há rivalidade no consumo do serviço (a aula). Há, todavia, capacidade de facilmente excluir alguém do consumo, o que a enquadra, assim, na categoria de bem semi público. A atuação do governo dar-se-ia pelo mérito intrínseco que a educação possui”. Rezende faz importante pontuação ao mencionar que “o crescimento populacional exerce efeito direto sobre o volume de bens públicos e semipúblicos”.

²⁸ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 4. Ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pg. 13.

²⁹ BRASIL. **Tributação e burocracia prejudicam produção de água mineral, dizem representantes do setor**. Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/16/tributacao-e-burocracia-prejudicam-producao-de-agua-mineral-dizem-representantes-do-setor>

³⁰ A água para abastecimento urbano é definida como água que não retorna diretamente aos corpos hídricos. O relatório define as demandas da água por finalidade, que subdivide em “retirada, retorno e consumo”, assim, a água para consumo é entendida como “água retirada que não retorna diretamente aos corpos hídricos. De uma forma simplificada, é a diferença entre a retirada e o retorno. Exemplo: água retirada para abastecimento urbano menos a água que retorna como esgoto”. As demais classificações referem-se, a retirada: “água total captada para um uso. Exemplo: água retirada para abastecimento urbano”; e retorno, “parte da água retirada para um determinado uso que retorna para os corpos hídricos. Exemplo: esgotos decorrentes do uso da água para abastecimento urbano”. BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 53. Disponível em: http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf

³¹ BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 53. Disponível em: http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf

artificiais”, enquanto que “42% das cidades (39 milhões de habitantes) são abastecidas de forma preponderante por poços”, além de que “44 milhões de habitantes vivem em cidades com abastecimento de água dependente da transferência de vazões entre bacias hidrográficas³²”. Observa-se, então, que o abastecimento de água da população depende da infraestrutura existente³³.

SITUAÇÃO DO ABASTECIMENTO URBANO DE ÁGUA E NECESSIDADE DE INVESTIMENTOS PARA A POPULAÇÃO ATENDIDA

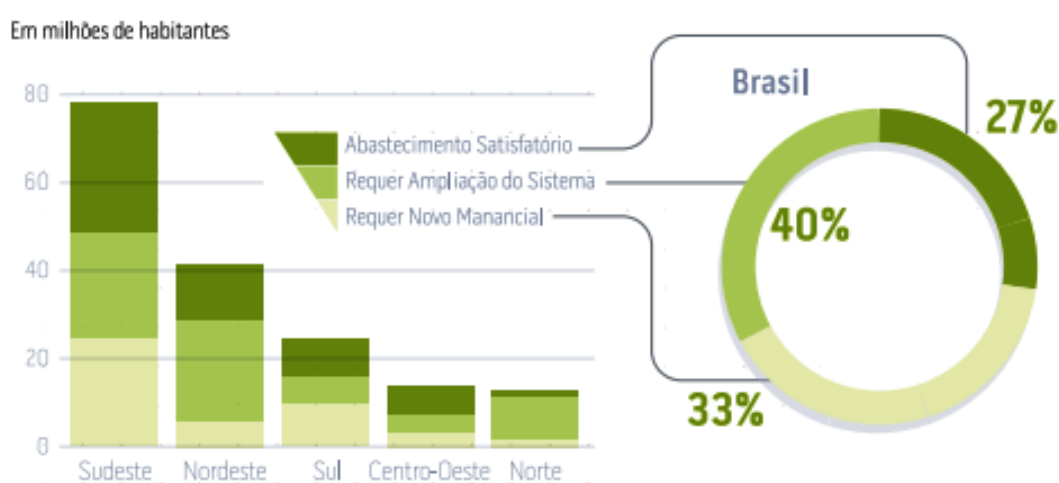


Tabela 1 - Situação do abastecimento urbano de água e necessidade de investimentos para a população atendida³⁴

Sob esta ótica, o mesmo relatório informa que em 2010, o diagnóstico do país “indicava que 46% das cidades brasileiras tinham vulnerabilidades associadas à produção de água e 9% necessitava de novas fontes hídricas”. Ademais, acrescenta que a água “utilizada no abastecimento urbano retorna aos recursos hídricos sob a forma de esgotos sanitários”, o que coloca em evidência a necessidade de coleta e tratamento, o que reflete

³² Bacia hidrográfica “é uma área de captação natural da água de precipitação da chuva que converge os escoamentos para um único ponto de saída. Este ponto de saída é denominado exutório”. FINKLER, Raquel. **Planejamento, manejo e gestão de bacias**: Unidade 1: A Bacia Hidrográfica. Ministério Público do Paraná, pg. 5. Disponível em: <http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/bacias_hidrograficas/planejamento_manejo_e_gestao_unidade_1.pdf>

³³ Idem, pg. 66.

³⁴ BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017, pg. 70. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf>

diretamente na melhoria das condições de saúde pública, ao diminuir as doenças de veiculação hídrica para a sociedade:

Baixos índices de coleta e tratamento de esgotos comprometem a qualidade das águas, principalmente próximo às áreas urbanas, impactando na saúde da população e até mesmo inviabilizando o atendimento de usos a jusante, especialmente o abastecimento humano. A diluição dos esgotos pelos corpos d'água (parte do processo de autodepuração)³⁵ depende da vazão destes e da concentração da carga lançada, podendo conflitar com outros usos. Por essa razão, é necessário que os setores de recursos hídricos e saneamento atuem de forma articulada uma vez que o tratamento de esgotos melhora significativamente a qualidade da água, aumentando a disponibilidade hídrica para outros usos. Por outro lado, é importante considerar que a demanda por recursos hídricos é crescente em todo o mundo, e as águas residuais vêm ganhando importância como fonte de água alternativa e confiável, alterando o paradigma de sua gestão: de 'tratamento e eliminação' para 'reúso'³⁶, reciclagem e recuperação de recursos'.

Outro ponto que merece atenção é o crescimento exponencial da demanda por uso de água no Brasil: afere-se que até 2030 a retirada de água dos corpos hídricos aumente 30%. Isso porque o "histórico da evolução dos usos da água está diretamente relacionado ao desenvolvimento econômico e ao processo de urbanização do país"³⁷.

³⁵ O relatório da Agência Nacional das Águas define autodepuração como o "processo natural de recuperação de um corpo d'água após receber lançamentos de material biodegradável, como os efluentes domésticos, através dos microrganismos presentes que fazem a decomposição dos poluentes".

³⁶ O mesmo relatório define o vocábulo "reuso", para o melhor entendimento da informação exposta, nesse sentido "reuso" acarreta o conceito de "aproveitamento de um recurso hídrico existente para várias aplicações, tais como irrigação, usos urbanos potáveis (direto ou indireto) e não potáveis, usos industriais ou recarga de aquíferos. O reuso é uma estratégia sustentável para garantir a segurança hídrica, especialmente em regiões ou situações de escassez hídrica. A reutilização de água de efluente diretamente para uso potável ainda encontra resistência e requer técnicas avançadas de purificação e rigoroso controle".

³⁷ BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 54. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf>

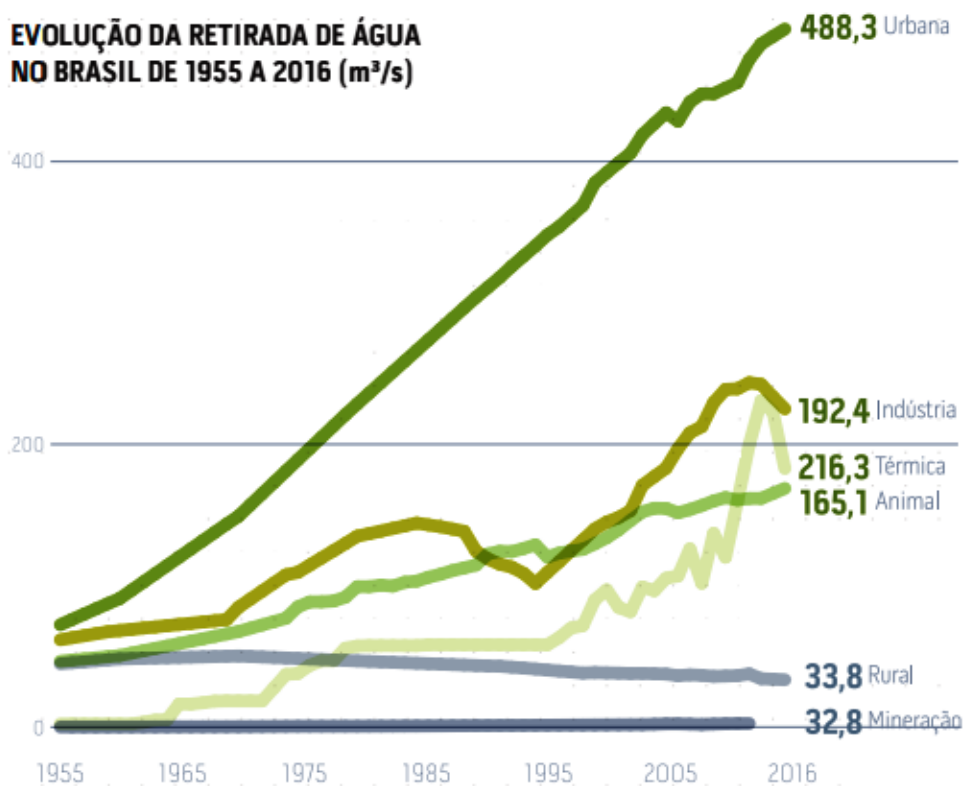


Tabela 2 - Evolução da retirada de água no Brasil de 1955 a 2016 (m³/s). (Agência Nacional de Águas, 2017).

O relatório explica que a justificativa para esse fenômeno consiste na transformação da sociedade, que era predominantemente rural em 1940, e a água tinha uso preponderante em todos os estados brasileiros para abastecimento humano (rural e urbano). Essa realidade não pode mais ser observada nos dias atuais, em que a sociedade é mais urbana e necessita de uso da água nas indústrias e termoeletricas:

A partir desse período [década de 1940], o processo de industrialização brasileira ocasionou um aumento do uso industrial até meados dos anos 1980, com posterior estagnação e retomada da expansão nos anos 2000. Observa-se uma leve redução do crescimento a partir de 2012, fato relacionado à crise hídrica verificada em diversas regiões do país, assim como a desaceleração do crescimento econômico brasileiro. A partir desse ano, observa-se também um aumento do uso da água para geração termoeletrica, em função da necessidade de ativação de fontes de energias complementares, ocasionada pela redução no volume de água disponível no país para a geração hidroelétrica³⁸.

³⁸ BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 56. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf>

Acontece que a demanda da água mineral está diretamente relacionada ao crescimento populacional, que exerce efeito sobre a disponibilidade deste bem. Contudo, não se vê na dificuldade de disponibilização de recursos hídricos razão para cerceamento do acesso à água a quaisquer atores do cenário populacional, mas destaca-se a necessidade de diagnóstico a respeito das regiões que já sofrem com a intensa redução nos índices pluviométricos, para tornar possível o acesso da água para consumo a esta população.

As principais regiões afetadas com a redução dos índices pluviométricos são Nordeste, Sudeste e, mais recentemente, o Centro-Oeste³⁹.

Em contrapartida, na região Norte há a concentração de 73% da disponibilidade hídrica do Brasil, região que conta com cerca de 5% da população do país⁴⁰. Essa disponibilidade excessiva de água não se restringe a água potável, mas permite que a água limpa seja poupada, e direcionada principalmente ao consumo humano. Aos demais 95% da população estão distribuídos 27% dos recursos hídricos do país⁴¹.

O quadro a seguir mostra os cinco piores estados brasileiros no que se refere ao abastecimento de água potável⁴²:

³⁹ BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 56. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf>

⁴⁰ AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **Estatuto jurídico das águas no Brasil**. Scielo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163>

⁴¹ ESTEVES, Cristina Campos. **O regime jurídico das águas minerais na Constituição de 1988**. 2012. Tese (Doutorado) -Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2012. Disponível em: < <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286755>>

⁴² AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **Estatuto jurídico das águas no Brasil**. Scielo, 2015. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163>

Equação: população total atendida com abastecimento de água/população total do Estado fornecida pelo IBGE

AMAZONAS	36,16%
RORAIMA	38,78%
PARÁ	42,61%
ACRE	42,61%
MARANHÃO	53,34%

Fonte: Instituto Trata Brasil.

Tabela 3 - Equação: população total atendida com abastecimento de água/população total do Estado fornecida pelo IBGE

Neste sentido, no ano de 2007 foi publicada a Lei n.11.445, de 5 de janeiro de 2007, para tratar das diretrizes nacionais para o saneamento básico, atendendo como " 'marco regulatório' dos serviços de saneamento básico, com diretrizes e regras coerentes com as múltiplas realidades sociais, ambientais e econômicas do Brasil"⁴³.

Saneamento básico, desde então, passou a ser definido como "conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:" ao abastecimento público de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, nos termos do artigo 3º, inciso I, alíneas "a" a "d"⁴⁴.

Daquele texto legal, infere-se que "os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico", de forma que a utilização dos mesmos, no momento da prestação de serviços públicos de saneamento, é sujeita a outorga de direito de uso (art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.433/97)⁴⁵ e, portanto, paga⁴⁶.

Ademais, a disponibilidade hídrica local para o abastecimento urbano, em muitos desses casos, exige operação de uma infraestrutura complexa, necessitando ser

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Planalto, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **Estatuto jurídico das águas no Brasil**. Scielo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163>

reforçada por obras de reservação e por “transferências de vazões de bacias hidrográficas vizinhas”⁴⁷.

2.1. Direito fundamental à água

A água, bem essencial para a subsistência humana, é pouco abordada como direito humano fundamental, sendo esse reconhecimento relativamente recente. Foi protegida pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 de forma genérica, ratificado pelo Brasil em 1992; em 1977 foi aprovado o Plano de Ação de *Mar del Plata*, para tratar da eficiência da gestão da água no mundo e “evitar crise de abastecimento de água potável em dimensões globais antes do final do século XX”. Os 80 e 90 ilustraram o início da conscientização acerca da poluição e desperdício da água, principalmente aos países menos desenvolvidos⁴⁸.

Nos anos 2000, os líderes mundiais se reuniram para tratar de um projeto da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo objetivo seria firmar uma parceria entre as Nações, para o fim global de reduzir a pobreza extrema. Esse projeto acarretou o nome de Declaração do Milênio e se subdividiu em oito objetivos⁴⁹, que embora não veiculasse um tópico específico para tratar da água, fornecer água potável foi definido como alvo concreto que contribuiria para a erradicação da pobreza⁵⁰. Tais objetivos, nomeados de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), deveriam ser alcançados até 2015⁵¹.

Apenas em 2010 a água passou a ser reconhecida como direito humano, pela Organização Mundial das Nações Unidas⁵², por meio da Resolução 64/292, de 28 de julho de 2010, a qual incentivava o fornecimento de assistência e cooperação entre os Estados

⁴⁷ BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 68. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf>

⁴⁸ AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **Estatuto jurídico das águas no Brasil**. Scielo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163>

⁴⁹ BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tema/odm/>>

⁵⁰ ONU. **Declaração do Milênio**. Nova Iorque, Nações Unidas, 2000, Pgs. 6 e 9. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>>

⁵¹ BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tema/odm/>>

⁵² UNGA – UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Human Right to Water and Sanitation**. Geneva: Unga, 2010. UN Document A/RES/64/292. Disponível em: <http://waterwiki.net/images/5/53/UN_Resolution_on_The_Right_to_Water.pdf>

e organizações internacionais para tornar possível o “fornecimento igualitário de água potável, limpa e disponível para todos”⁵³.

Neste mesmo ano, o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), em parceria com a ONU, publicou relatório onde foram elencadas as principais resistências para concretizar os ODM, dentre elas destaca-se a dificuldade em redução da população sem acesso permanente e sustentável a água potável e esgotamento sanitário. Muito embora a meta tenha sido alcançada no Brasil para a população urbana, os níveis de cobertura permaneceram deficitários em relação à população rural⁵⁴.

A ONU redefiniu o compromisso de atingir aqueles objetivos⁵⁵, fixando nova agenda de desenvolvimento sustentável, nomeada de “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)”, lançada em dezembro de 2015, que ambiciona que sejam alcançados até 2030⁵⁶. Cabe destacar que esta nova Agenda discrimina como objetivo específico “assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos”⁵⁷, reconhecendo o direito humano como saneamento “de forma explícita como um direito distinto”⁵⁸.

A razão de ser deste objetivo consiste no iminente aumento do percentual de pessoas sem acesso à água potável, 40% em 2015⁵⁹, cerca de 2 bilhões em 2019⁶⁰.

Na matéria publicada pela ONU restou demonstrada a disparidade entre ricos e pobres para acesso à água, ao esclarecer que:

⁵³ AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **Estatuto jurídico das águas no Brasil**. Scielo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163>

⁵⁴ BRASIL. **Ipea e ONU apresentam relatório dos Objetivos do Milênio**. Ipea, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=983:ipea-e-onu-apresentam-relatorio-dos-objetivos-do-milenio&catid=10:disoc&directory=1>.

⁵⁵ ONU. **Declaração do Milênio**. Nova Iorque, Nações Unidas, 2000, Pgs. 6-8. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>>

⁵⁶ BRASIL. **Momento de ação global para as pessoas e o planeta**. ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>

⁵⁷ BLOG PLATAFORMA AGENDA 2030. **Plataforma Agenda 2030**. BRASIL. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/6/>>

⁵⁸ ONU. **Mais de 2 bilhões de pessoas no mundo são privadas do direito à água**. BRASIL, Nações Unidas, 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-2-bilhoes-de-pessoas-no-mundo-sao-privadas-do-direito-a-agua/>>

⁵⁹ BLOG PLATAFORMA AGENDA 2030. **Plataforma Agenda 2030**. BRASIL. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/6/>>

⁶⁰ ONU. **Mais de 2 bilhões de pessoas no mundo são privadas do direito à água**. BRASIL, Nações Unidas, 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-2-bilhoes-de-pessoas-no-mundo-sao-privadas-do-direito-a-agua/>>

Em áreas urbanas, as pessoas desfavorecidas que vivem em acomodações improvisadas sem água corrente muitas vezes pagam de dez a 20 vezes mais do que seus vizinhos em bairros mais ricos por uma água de qualidade similar ou inferior comprada de vendedores ou de caminhões-pipa⁶¹.

Em seguida, afirma que o direito à água não pode ser separado de outros direitos humanos⁶². Nesse entendimento, vale destacar que o direito à água está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, portanto um “superprincípio constitucional” desde que internalizado pela Carta de 1988⁶³.

Entretanto, muito embora admirável a proteção do direito à água por todos os textos de leis acima mencionados, não se pode olvidar que sua aquisição é acessível de acordo com o poder de compra do consumidor, ponto que merece atenção pelo Estado, como garantidor.

Ocorre que, ainda que a água produzida e distribuída para consumo humano pelo Estado, por meio das Companhias de Saneamento, seja considerada potável, vários requisitos devem ser frequentemente controlados, como a quantidade de cloro (cloroaminação), flúor, coliformes (bactérias que vivem no intestino de animais de sangue quente), o pH, que determina se a água é ácida ou alcalina, a cor, dado indicador de presença de substâncias dissolvidas na água, e turbidez, ou resistência da água à passagem da luz⁶⁴.

Ademais, também são prejudiciais à saúde a exposição da água ao acúmulo de metais, como mercúrio, chumbo, arsênio e cromo, dado que “o descarte de resíduos industriais é a principal fonte de contaminação dos rios”, conforme empresa especialista no tratamento de águas no estado do Rio Grande do Sul⁶⁵.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ GOMES, Maria Tereza Uille. **Políticas Públicas e Ministério Público**. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. Pgs. 62 e 63.

⁶⁴ BRASIL. **Qualidade da água tratada**. Sabesp. Disponível em: <<http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=40>>

⁶⁵ BLOG PLANETA ÁGUA. **Entenda por que beber água da torneira pode fazer mal à sua saúde**. Planeta água, 2019. Disponível em: <<https://www.planetaagua.ind.br/blog/dicas-planeta-agua/entenda-por-que-beber-agua-da-torneira-pode-fazer-mal-a-sua-saude>>

3. INCLUSÃO DA ÁGUA NA CESTA BÁSICA

A Cesta Básica de Alimentos, ou Ração Essencial Mínima, é um rol de alimentos estabelecido no Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938, ainda em vigor, que aprovou o regulamento que institui as Comissões de Salário Mínimo. Naquele Decreto-lei, o anexo que descreve o rol de produtos da cesta básica recebeu o nome de “Grupo de alimentos equivalentes aos da Ração-Tipo”, cuja finalidade seria garantir provimentos “essenciais à alimentação diária do trabalhador adulto” (art. 6º, §1º)⁶⁶.

Diante das diferentes necessidades regionais, o próprio texto do Decreto-lei admite que cada região do país tenha sua estrutura-econômica, conforme o art. 31, que dispõe que “o salário mínimo será fixado para cada zona ou sub-zona, de modo geral, ou segundo a identidade das necessidades normais da vida nas respectivas regiões”⁶⁷. Assim, concede aos Estados a faculdade de estabelecer salários distintos em cada região com diferentes padrões de vida, “determinadas por circunstância econômicas de caráter urbano, suburbano, rural ou marítimo” (art. 14⁶⁸).

Isso decorre de que o salário mínimo é a remuneração mínima, devendo ser capaz de satisfazer as necessidades normais de “alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte” locais (art. 2º⁶⁹).

Nesse sentido, o Departamento Intersindical de Estatística Socioeconômicos (DIEESE) apresentou em 2009 a última atualização da Cesta Básica de Alimentos de cada região do país, onde acrescentou, a respeito do salário mínimo necessário, que a remuneração mínima deve ser calculada sobre as necessidades vitais básica do trabalhador e às de sua família, de forma que “o gasto com alimentação de um trabalhador

⁶⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>>

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ “**Art. 14.** Sempre que em uma região ou zona se verifiquem diferenças de padrão de vida, determinadas por circunstâncias econômicas de caráter urbano, suburbano, rural ou marítimo poderá o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, mediante proposta da respectiva Comissão de Salário Mínimo e ouvido o Departamento de Estatística e Publicidade de seu Ministério, autorizá-la a sub-dividir a região ou zona, de acordo com tais circunstâncias.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo serão instituídas Sub-Comissões locais, subordinadas às Comissões de Salário Mínimo, a quem proporão o salário mínimo local.”

⁶⁹ “**Art. 2º** Denomina-se salário mínimo a remuneração mínima devida a todo trabalhador adulto, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço e capaz de satisfazer, em determinada época, na “região do país, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.”

adulto não pode ser inferior ao custo da Cesta Básica de Alimentos”⁷⁰. Nesse sentido dispõe que:

Para calcular o Salário Mínimo Necessário, o DIEESE considera o preceito constitucional de que o salário mínimo deve atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família e cujo valor é único para todo o país. Usa como base o Decreto lei nº 399.⁷¹

Em 2018 o DIEESE publicou estudo a respeito do tempo médio para uma família comum adquirir os produtos essenciais mínimos, demonstrando que um trabalhador que recebe o piso nacional compromete em torno de 42,29% apenas com a compra desses produtos:

(...) o tempo médio necessário para adquirir os produtos da cesta básica foi de 85 horas e 35 minutos [em setembro de 2018]. Em agosto de 2018, ficou em 85 horas e 43 minutos, e, em setembro de 2017, em 86 horas e 32 minutos.

Quando se compara o custo da cesta e o salário mínimo líquido, ou seja, após o desconto referente à Previdência Social, verifica-se que o trabalhador remunerado pelo piso nacional comprometeu, em setembro, 42,29% do salário mínimo líquido para adquirir os mesmos produtos que, em agosto, demandavam 42,34% e, em setembro de 2017, 42,75%. [...] ⁷²

E esses estudos não consideram os gastos com água mineral. A não previsão da água mineral como produto essencial mínimo a exclui dos benefícios fiscais concedidos àquele rol de alimentos, o que pode levar grande parte da população a não adquirir esse produto essencial mínimo para o sobrevivência, sobrecarregando, posteriormente, o Estado com gastos com serviços de saúde.

Diante da liberdade de planejamento concedida aos entes federados, para buscarem a dignidade da pessoa humana e erradicar a pobreza extrema, dentro dos

⁷⁰ Última atualização da cesta básica por região: ano de 2009. BRASIL. **Metodologia Cesta Básica**. Dieese, 2009. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica.pdf>> Pg 11.

⁷¹ Última atualização da cesta básica por região: ano de 2009. BRASIL. **Metodologia Cesta Básica**. Dieese, 2009. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica.pdf>> Pg 11.

⁷² BRASIL. **Preço da cesta básica apresenta comportamento diversificado nas capitais**. DIEESE, outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2018/201809cestabasica.pdf>> Pgs 2 e 3.

últimos dez anos, quatro Estados (PB, RJ, SC e SP)⁷³ acrescentaram a água mineral na cesta básica de alimentos, de forma que esse produto passou a ser beneficiado com a redução da base de cálculo do ICMS, de forma que a carga tributária mínima passa a ser de 7% (sete por cento) interna e nas saídas internas daquelas mercadorias, nos termos do Convênio ICMS 128/94⁷⁴. No Estado do Rio Grande do Sul a possibilidade de implementação dessa medida foi discutida na casa legislativa até dezembro de 2018, mas restou arquivado⁷⁵.

O percentual de 7% dá-se em vista de proibição constitucional, de que as alíquotas internas do ICMS sejam inferiores à interestadual, salvo decisão unânime dos estados (art. 155, §2º, VI)⁷⁶. Assim, a alíquota para os produtos da cesta básica não pode ser inferior à menor alíquota interestadual de 7%⁷⁷.

A cesta básica de alimentos é uma lista composta por mercadorias consideradas basilares para a alimentação de um cidadão adulto, devendo ser acessíveis aos que obtenham como renda um salário mínimo por mês.

Ocorre que, como se sabe, os alimentos são acessíveis de acordo com o poder de compra do consumidor. Por essa razão, as mercadorias da cesta básica são dotadas de benefícios fiscais, de modo a permitir que o preço comercial seja reduzido e que toda população possa ter acesso, satisfazendo as suas necessidades básicas.

Essa medida tem amparo constitucional, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88), fundamento do Estado Democrático de Direito, à medida que preza pela condição mínima de existência dos indivíduos.

Nas justificativas do Projeto de Lei que pretende incrementar a água no rol de alimentos da cesta básica do Rio Grande do Sul, menciona que a carga tributária sobre a

⁷³ Paraíba, pela Lei nº 10.956 de 18 de julho de 2017; Estado do Rio de Janeiro, pela Lei nº 7.484 de 8 de novembro de 2016; Estado de São Paulo, pelo Decreto nº 61.103, de 2 de fevereiro de 2015, que altera o RICMS/SP e o Estado de Santa Catarina, pelo Decreto nº 364, de 11 de julho de 2011.

⁷⁴ BRASIL. **Convênio ICMS 128/94**. Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1994/CV128_94>

⁷⁵ No Estado do Rio Grande do Sul, desde 2003 esteve em andamento o Projeto de lei nº 202, que tratava da inclusão da água mineral na composição da cesta básica de alimentos. O Projeto ambicionava alterar a lei que institui o ICMS naquele Estado federado.

⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁷⁷ BRASIL. **Desoneração do ICMS da Cesta Básica**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 1997, p. 24. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2222/1/td_0467.pdf>

água mineral chega a 42,5%, “retirando a sua competitividade com – pasme-se – cervejas e refrigerantes, que possuem benefícios tributários”⁷⁸.

Cabe destacar que em termos de tributação a água é classificada como “bebida”, juntamente às bebidas alcoólicas e bebidas açucaradas, conforme a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI)⁷⁹.

Em 2016 foi discutido no Senado Federal que a água mineral arca com a carga tributária maior que as bebidas açucaradas e as bebidas alcoólicas, sendo cobrado até 19% de ICMS pelos Estados. Tal afirmação foi feita pela Associação Brasileira da Indústria de Águas Minerais (Abinam), representada naquela oportunidade pelo presidente da Associação, Carlos Alberto Lancia⁸⁰.

O presidente da Abinam entende que essa carga tributária excessiva ameaça a exploração de água mineral no país, e acrescenta que esta paga mais royalties que o petróleo⁸¹.

4. O ICMS E O PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE

O Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS), recai sobre cinco núcleos de incidência diferentes, dentre eles, as operações mercantis e a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais⁸².

⁷⁸ BRASIL. **Detalhes da Proposição:** Justificativas. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/202/AnoProposicao/2013/Origem/Px/Default.aspx>>

⁷⁹ BRASIL. **Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016.** Receita Federal, Ministério da Economia, 2016. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/documentos-e-arquivos/tipi-1.pdf>>

⁸⁰ BRASIL. **Tributação e burocracia prejudicam produção de água mineral, dizem representantes do setor.** Senado Federal, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/16/tributacao-e-burocracia-prejudicam-producao-de-agua-mineral-dizem-representantes-do-setor>>

⁸¹ Ibidem.

⁸² Roque Antônio Carrazza leciona que o ICMS alberga cinco impostos diferentes: “a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais” CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pgs 36-37.

O ICMS, considerado o imposto mais importante economicamente, descende diretamente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), que dispunha a Constituição de 1967/1969, art. 24, II⁸³, e este gerado do Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), estabelecido pela Constituição de 1946, art. 19, II⁸⁴. É o imposto que envolve maior valor econômico-financeiro e, conseqüentemente, o que suscita maiores controvérsias, como bem destaca CARRAZZA (2007)⁸⁵.

O modelo atual de ICMS não é um imposto uniforme, diferente, portanto, do antigo ICM, que “tinha as mesmas alíquotas, para todas as mercadorias”⁸⁶, atualmente, esse imposto sobre o consumo é utilizado para produzir diversos efeitos, além da fiscalidade ao Estado⁸⁷. Essa função foi concedida pelo art. 155, §2º, III, da CRFB/88, ao determinar que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”, estatuinto o princípio da seletividade⁸⁸.

Esse dispositivo tem amparo em pilares históricos. No texto Magna da Constituição de 1946, o §1º do art. 15 previa que seriam isentos “do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”⁸⁹. Posteriormente, em 1967 previu a seletividade somente para o IPI (art. 22, §4º, da Constituição de 1967)⁹⁰.

Com base no princípio da essencialidade, é permitido desonerar a carga tributária de três impostos, aliviando os bens de primeira necessidade, ou aumentar a carga tributária dos produtos supérfluos⁹¹, como ocorre na majoração da alíquota de IPI

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Planalto, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>

⁸⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Planalto, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>

⁸⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. p. 37-38.

⁸⁶ Idem, pg. 400.

⁸⁷ Idem. Pg. 400.

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁸⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Planalto, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>

⁹⁰ “§ 4º - O imposto sobre produto industrializado será seletivo, em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Planalto, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>

⁹¹ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pg. 401.

na incidência em produtos como cigarros e perfumes⁹². CARRAZZA (2007) leciona que “por trás destas ideias, está presente, em última análise, a louvável diretriz pela qual quem, em termos econômicos, tem mais há de ser mais onerado do que quem tem menos”⁹³.

Nesse sentido, MAIOR BORGES (2001), entende que deveriam estar isentos de imposto sobre o consumo “os artigos que a lei classificasse como mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”⁹⁴.

CARRAZZA (2007) acolhe o entendimento de Maior Borges dado que o consumo desses bens não consiste em liberdade de escolha do contribuinte⁹⁵.

Pontua que o vocábulo “poderá”, do dispositivo nº 155, §2º, III, da CRFB/88, expressa norma de observância obrigatória/cogente, e não mera faculdade do legislador, devendo ser lido, portanto, como “deverá”. Nesse sentido, acrescenta que⁹⁶:

Além disso, quando a Constituição confere a uma pessoa política um “poder”, ela, *ipso facto*, está lhe impondo um “dever”. É por isso que se costuma falar que as pessoas políticas têm *poderes-deveres* (ou, como mais apropriadamente proclama Celso Antônio Bandeira de Mello, *deveres-poderes*).

No mesmo sentido, Rui Barbosa pontificava: “Claro está que em todo poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de exercer, nas condições que o exijam”. (Os grifos são do original).

Nesse seguimento, o Ministro da Suprema Corte Ricardo Lewandowski já manifestou que “a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória”, para evitar que haja incidência “de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais”, ao tratar da alíquota do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de comunicação⁹⁷.

⁹² ALMEIDA, Natallie Alves de. **A extrafiscalidade proibitiva como política pública**. Tesouro Nacional, Ministério da Economia, 2013, Pg. 41. Disponível em: <http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=431>

⁹³ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pg. 401.

⁹⁴ MAIOR BORGES, José Souto. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. Pgs. 50-51.

⁹⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pg. 401.

⁹⁶ Idem. p. 400.

⁹⁷ Em Decisão, o Ministro afirmou que “a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais”. (RE 634457

Por essa perspectiva, SCHOUERI (2018) entende que o princípio da seletividade estaria vinculado à essencialidade, de forma que o IPI e ICMS (impostos previstos constitucionalmente como seletivos, nos artigos 153, IV, §3º, I e art. 155, II, §2º, III, respectivamente) “podem ter alíquotas variadas, não em função da base de cálculo, como na progressividade, mas em função dos próprios produtos”. Desta forma, a seletividade “se vincula à essencialidade do produto”, não no contribuinte⁹⁸.

Assim, a aplicação da seletividade se dá em virtude da preservação do mínimo existencial, como defende CARRAZZA (2007) nas seguintes palavras⁹⁹:

Temos para nós que, em face do *princípio da seletividade*, negócios jurídicos realizados com mercadorias que servem para preservar a vida e a saúde das pessoas (remédios, aparelhos cirúrgicos, próteses, órteses etc.) devem necessariamente ser menos onerados, por meio de ICMS, que os levados a efeito com produtos supérfluos, suntuários ou voluptuários. (Grifos do original).

CARRAZZA (2007) defende que a saúde é objetivo a ser permanentemente perseguido pelo Poder Público¹⁰⁰. O meio para a efetivação deste princípio seria o tratamento tributário favorecido às mercadorias essenciais, enquanto as supérfluas seriam taxadas com maior rigor, por não se tratar de bens inerentes à sobrevivência e ao bem-estar humano¹⁰¹.

BALEEIRO (1975) defende que, sob o ponto de vista econômico, a ideia de essencialidade estaria intimamente atrelado à utilidade marginal do produto, e sob o ponto de vista político, seria tendência democrática e socialista. Produtos essenciais são os que se adequam à vida do maior número de habitantes do país, devendo, portanto, ser tratadas

AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014) (Sem grifos no original).

⁹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pgs. 417 e 419.

⁹⁹ Carrazza (2007, p. 406) menciona que na Proposta de Reforma Constitucional Tributária em tramitação no Congresso, o texto do art. 155, §2º, III, foi corrigido, tornando imperativo que o ICMS “deverá ser seletivo” e que esta nova redação não muda o conteúdo normativo vigente. Acrescenta, ainda, que na exposição de motivos o relator descreve como objetivo da proposta “(...) atenuar imperfeições, como a taxação do objetivo das exportações, investimentos e alimentos da cesta básica”. CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pg. 406.

¹⁰⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pg. 408

¹⁰¹ VIEIRA, Gabriel Antônio de Moraes. **Princípio da Seletividade pelas Balizas da Tributação Ambiental: IPI e ICMS**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Pw1/Downloads/40404-194503-1-PB.pdf>>

mais suavemente em âmbito tributário, dado que seriam mercadorias essenciais à existência civilizada¹⁰².

CARRAZZA (2007), ao tratar da essencialidade, fala em “mínimo vital” ou “mínimo existencial” previsto expressa ou implicitamente na Lei Maior, dado que este princípio aplicado aos negócios jurídicos serve para preservar a vida e a saúde das pessoas.¹⁰³ Portanto, a seletividade do ICMS pode ser alcançada “com emprego de quaisquer técnicas de alteração quantitativa da carga tributária”, a variação de alíquotas, porém, é o meio que possibilita mais facilmente o alcance daquele fim ¹⁰⁴, garantindo maior justiça fiscal, em se tratando da tributação sobre o consumo¹⁰⁵.

Não raras vezes “a cobrança de tributos pelo Estado restringe os recursos necessários para suprir necessidades fundamentais do indivíduo”, conforme MEIRA (2012). A autora acrescenta que “mais de 40% do rendimento dos assalariados que recebem mensalmente até dois salários mínimos” são destinados a tributos¹⁰⁶, assim, a carga tributária pode obstar que famílias com renda extremamente baixa tenham acesso a uma alimentação mínima, entre outros direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal¹⁰⁷.

E é neste segmento que se defende a redução de alíquotas para operações com a água mineral, por se adequar ao entendimento de produtos essenciais, portanto vinculado aos pilares da saúde básica (mínimo existencial). A Suprema Corte já fixou entendimento acerca da essencialidade da água, como fundamento para a não incidência do ICMS¹⁰⁸.

¹⁰² BALEEIRO, Aliomar de Andrade. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. Pg. 188.

¹⁰³ CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007. Pgs. 406-407.

¹⁰⁴ Idem, pg. 402.

¹⁰⁵ BRASIL. **Desoneração do ICMS da Cesta Básica**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 1997, p. 13. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2222/1/td_0467.pdf>

¹⁰⁶ BRANCO, Paulo Gonet; CORREIA NETO, Celso de Barros; MEIRA, Liziane Angelotti. **Tributação e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pgs. 234-235.

¹⁰⁷ Idem, pg. 235.

¹⁰⁸ No RE 607.056/RJ, em que se discutia a incidência do ICMS sobre água canalizada, o Tribunal decidiu pela não incidência, dado que a água não configuraria “mercadoria” além de não haver “circulação”, no sentido jurídico da palavra, dado que a concessão do serviço público de distribuição de água canalizada não implica a alienação das águas (art. 18 da Lei n. 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o e ao art. 46 do Decreto nº 24.643/34 - Código de Águas). Ademais, sustentou-se a existência de precedentes naquela Corte Suprema, no sentido de rejeitar a tributação da água em estado bruto *in natura* diante da essencialidade do bem (ADI nº 567/MG e ADI nº 2.224/DF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tributação é um meio de arrecadar recursos para a manutenção do Estado, que poderá garantir os meios essenciais para sobrevivência em sociedade. Ora a União aparece como entidade reguladora, ora intervém diretamente na sociedade por diversos meios, um deles é a função distributiva do tributo, que permite buscar a justiça social.

Dessa forma, a tributação pode ser usada não somente como forma de arrecadar recursos, podendo também deixar de arrecadar, como medida de distribuição de riquezas.

Por meio desta pesquisa foi observada a possibilidade da utilização ICMS como medida extrafiscal, para amparar maior parte da população com água limpa para consumo, através do princípio da essencialidade consolidada no texto constitucional.

O mecanismo estudado para atingir o objetivo de diminuir a carga tributária da água mineral foi a inclusão deste produto no rol de alimentos essenciais mínimos, isto é, na cesta básica de alimentos, com a consequente redução de alíquotas.

Alguns entes subnacionais já tomaram medidas nesse seguimento, ao acrescentar a água mineral na cesta básica por meio de leis ordinárias, como o estado da Paraíba, por meio da Lei nº 10.956/2017, e o estado do Rio de Janeiro, pela Lei nº 7.484/2016, e outros adotaram tal medida por Decreto, como o estado de São Paulo, Decreto nº 61.103/2015, que altera o RICMS/SP e o Estado de Santa Catarina, pelo Decreto nº 364/2011. Desde então, a água mineral passou a ser beneficiada com a redução da carga tributária sobre o consumo naqueles estados, o que permite que o preço seja reduzido, a beneficiar o consumidor final, que poderá adquirir um produto essencial mínimo por valor acessível.

O consumo de água aumenta proporcionalmente ao processo de urbanização do país. Contudo, a comercialização desse bem agrava a má distribuição já ocasionada por fatores naturais, diante da escassez em estados devastados por climas áridos e outros beneficiados por rios e chuvas. Assim, tornar a água objeto de comércio, cenário onde quem não tem recursos financeiros fica privado de obter a mercadoria, aumenta a desigualdade de acesso ao produto.

Logo, o Estado é reconhecidamente legítimo para facilitar o acesso aos recursos essenciais para a sobrevivência do cidadão, sendo razoável a inclusão da água mineral na cesta básica, diante da essencialidade do bem, por se tratar de consequente redução da alíquota do ICMS e posterior redução do preço ao consumidor final.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. **Estatuto jurídico das águas no Brasil**. Scielo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200163>

ALMEIDA, Natallie Alves de. **A extrafiscalidade proibitiva como política pública**. Tesouro Nacional, Ministério da Economia, 2013. Disponível em: <http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=431>

BALEEIRO, Aliomar de Andrade. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e desenvolvimento regional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BLOG PLANETA ÁGUA . **Entenda por que beber água da torneira pode fazer mal à sua saúde**. Planeta água, 2019. Disponível em: <<https://www.planetaagua.ind.br/blog/dicas-planeta-agua/entenda-por-que-beber-agua-da-torneira-pode-fazer-mal-a-sua-saude>>

BLOG PLATAFORMA AGENDA 2030. **Plataforma Agenda 2030**. BRASIL. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/6/>>

BORBA, Claudio. **Direito tributário**. 17ª ed. Atual. Até a Emenda Constitucional nº 44/04. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BRANCO, Paulo Gonet; CORREIA NETO, Celso de Barros; MEIRA, Liziane Angelotti. **Tributação e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Cesta Básica de Alimentos: metodologia – DIEESE**. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica.pdf>>

BRASIL. **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Agência Nacional de Águas. Brasília: ANA, 2017. Pg. 68. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conj2017_rel-1.pdf>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Planalto, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>

BRASIL. **Convênio ICMS 128/94**. Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1994/CV128_94>

BRASIL. **Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016**. Receita Federal, Ministério da Economia, 2016. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/documentos-e-arquivos/tipi-1.pdf>>

BRASIL. **Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>>

BRASIL. **Desoneração do ICMS da Cesta Básica**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 1997, p. 24. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2222/1/td_0467.pdf>

BRASIL. **Detalhes da Proposição: Justificativas**. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/202/AnoProposicao/2013/Origem/Px/Default.aspx>>

BRASIL. **Ipea e ONU apresentam relatório dos Objetivos do Milênio**. Ipea, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=983:ipea-e-onu-apresentam-relatorio-dos-objetivos-do-milenio&catid=10:disoc&directory=1>.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Planalto, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Planalto, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>

BRASIL. **Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Planalto, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>

BRASIL. **Metodologia Cesta Básica**. Dieese, 2009. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica.pdf>>

BRASIL. **Momento de ação global para as pessoas e o planeta**. ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>

BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.** ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tema/odm/>>

BRASIL. **Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos.** Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/>>

BRASIL. **Preço da cesta básica apresenta comportamento diversificado nas capitais.** DIEESE, outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2018/201809cestabasica.pdf>>

BRASIL. **Qualidade da água tratada.** Sabesp. Disponível em: <<http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=40>>

BRASIL. **Tributação e burocracia prejudicam produção de água mineral, dizem representantes do setor.** Senado Federal, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/16/tributacao-e-burocracia-prejudicam-producao-de-agua-mineral-dizem-representantes-do-setor>>

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS.** 12ª edição rev e ampl. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais do direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Os impostos e o Estado de Direito.** São Paulo: Almedina, 2017.

ESTEVES, Cristina Campos. **O regime jurídico das águas minerais na Constituição de 1988.** 2012. Tese (Doutorado) -Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286755>>

FINKLER, Raquel. **Planejamento, manejo e gestão de bacias:** Unidade 1: A Bacia Hidrográfica. Ministério Público do Paraná. Disponível em: <http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/bacias_hidrograficas/planejamento_manejo_e_gestao_unidade_1.pdf>

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil.** 4. Ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Políticas Públicas e Ministério Público**. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Fato gerador do ICMS e o Leasing**. Fiscosoft, 2005. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=135772&printpage= >

MAIOR BORGES, José Souto. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal**. São Paulo: MP Editora, 2007.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Tributos sobre o comércio exterior**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO FILHO, Álvaro. **Teoria e Prática dos Incentivos Fiscais**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol 2. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947.

OLIVEIRA, Júlio M. de. **O princípio da Legalidade e sua aplicabilidade ao IPI e ao ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Afrânio Menezes de. **INCENTIVOS FISCAIS NO ÂMBITO DO ICMS: regramento constitucional, falhas jurídico-legislativas e guerra fiscal**. 2015. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Alagoas. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1464/1/Incentivos%20fiscais%20no%20ambito%20do%20ICMS%20-%20regramento%20constitucional%20-%20falhas%20juridico-legislativas%20-%20federalismo%20e%20guerra%20fiscal.pdf>>

OLIVEIRA, Weder de. **Curso de responsabilidade fiscal: direito orçamento e finanças públicas**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ONU. **Declaração do Milênio**. Nova Iorque, Nações Unidas, 2000. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>>

ONU. **Mais de 2 bilhões de pessoas no mundo são privadas do direito à água**. BRASIL, Nações Unidas, 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-2-bilhoes-de-pessoas-no-mundo-sao-privadas-do-direito-a-agua/>>

REZENDE, Fernando Antonio. **Finanças Públicas**. 2ª ed. - 6. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STF. **Recurso Extraordinário**: RE 607.056 RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli, DJ: 16/05/2013. Supremo Tribunal Federal, 2013 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=139867597&ext=.pdf>>

UNGA – UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Human Right to Water and Sanitation**. Geneva: Unga, 2010. UN Document A/RES/64/292. Disponível em: <http://waterwiki.net/images/5/53/UN_Resolution_on_The_Right_to_Water.pdf>

VIEIRA, Gabriel Antônio de Moraes. **Princípio da Seletividade pelas Balizas da Tributação Ambiental: IPI e ICMS**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Pw1/Downloads/40404-194503-1-PB.pdf>>

SPOTLIGHT

A OPINIÃO PÚBLICA E O PROCESSO JUDICIAL EM TEMPOS DE FAKE NEWS

Iara Rabelo de Souza

Resumo: O presente artigo aborda a relação da opinião pública e do processo judicial em um momento em que há um grande aumento de informações não comprovadas e de origem duvidosa. Busca correlacionar a força da opinião pública em relação aos atores processuais a partir da construção de um contexto interpretativo para a tomada de decisão pelos juízes. Por fim, investiga a relação da notícia com a liberdade de expressão, à luz do tratamento conferido pela legislação brasileira aplicada aos meios de comunicação.

Palavras-chave: *fake news*; opinião pública; processo judicial; direito

Abstract: This article addresses the relationship of public opinion and court proceedings at a time when there is a large increase in unproven and dubious information. It seeks to correlate the strength of public opinion in relation to procedural actors from the construction of an interpretive context for decision making by judges. Finally, it investigates the relationship of the news with freedom of expression, in light of the treatment given by the Brazilian legislation applied to the media.

Keywords: fake news, public opinion; judicial process, law

INTRODUÇÃO

*L'Esprit de l'escalier*¹ é a grande marca do tempo líquido, pós iluminista, no qual os indivíduos são permanentemente massacrados pelo excesso de informação. Nesse momento, no qual não se tem mais tempo de reflexão ou de pensar sobre o pensar, a linha entre o que é verdade ou pós-verdade² se torna tênue. Sob a égide do efeito manada e da modernidade líquida, como previa Zygmunt Bauman, nada é feito para durar.

¹ O espírito da escada, em tradução livre, representa pensar em uma resposta inteligente ou perspicaz para determinada situação quando já é tarde demais para que os argumentos sejam utilizados.

² A pós-verdade foi considerada a palavra do ano de 2016 pelo dicionário Oxford. De acordo com o próprio dicionário britânico, o verbete significa "relativo a ou que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influenciadores na formação da opinião pública do que apelos à emoção ou à crença pessoal". *Oxford Dictionary* (tradução livre)

De acordo com o *Hootsuite* e *We are Social*³, há cerca de 4 bilhões de pessoas conectadas à rede, em uma população mundial de cerca de 7,6 bilhões de seres humanos. Isso corresponde a dizer que 53% do mundo está online enquanto você lê este artigo. De acordo com o IBGE, 70,5% dos lares brasileiros passaram a contar com acesso à internet em 2017, o que significa 49,2 milhões de domicílios conectados em 2018.

As redes sociais são utilizadas por 3,2 bilhões de pessoas, o que corresponde a 42% dos habitantes do planeta. Segundo informações do *We Are Social* e do *Hootsuite*, o Brasil é o terceiro país que mais fica online: são, em média, 9h14 todos os dias, destas, são 3h destinadas às redes sociais. O *Facebook* é a maior rede social em número de visitantes únicos. São 58 milhões, o que representa um alcance de 78% do total de usuários únicos no Brasil. O 2º lugar ficou com os portais de notícias e entretenimento, com 290 horas.

O relatório do *We Are Social* e *Hootsuite* informa que em torno de 1 milhão de pessoas começaram a usar as redes sociais em 2017, o que significa um novo usuário a cada 11 segundos. Em termos de proporção, o número de utilizadores das mídias sociais aumentou 13% ao longo do mesmo período.

A internet foi apontada em pesquisa da Secretaria de Comunicação da Presidência da República⁴, por 42% dos usuários como o meio de comunicação mais utilizado pelo brasileiro. De acordo com os critérios da pesquisa, ela ficaria atrás da televisão (93%) e, por uma pequena diferença, do rádio (46%). Apesar de a televisão ainda ser uma grande influência na forma como consumimos notícias e informações, passamos quase o dobro do tempo na *web*. E, muitas vezes, em modo multitela⁵, o que tem levado ao desenvolvimento de TV e Rádio *Web*.

Mundialmente, há o fenômeno de crescimento dos mensageiros de troca de informações como *Messenger* e *WhatsApp*, ambos de propriedade do *Facebook*. Ambos os aplicativos ainda estão amarrados em termos de números de usuários, mas os dados mais recentes da *SimilarWeb* mostram que o *WhatsApp* tem uma posição geográfica mais forte. O

³*Hootsuite* e *We are social* são plataformas especializadas em monitoramento de comportamento *online*. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>. Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

⁴ Pesquisa Brasileira de Mídia - PBM 2015: Levantamento quantitativo domiciliar sobre os hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf/view> Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

⁵ Uso de um aparelho ao mesmo tempo como tablete / celular e TV.

WhatsApp é agora o principal aplicativo de mensagens em 128 países em todo o mundo, o *Facebook Messenger* aparece em 72 territórios.

Segundo estatísticas da *Facebook Conference* 2018 sobre o *WhatsApp* o aplicativo é usado para enviar cerca de 65 bilhões de mensagens por dia. Além disso, as pessoas usaram o mensageiro para falar por 2 bilhões de minutos em chamadas de voz ou vídeo.

Cotidianamente, um sujeito interage cerca de 2,7 mil vezes por dia. De acordo com pesquisa realizada pela *Motorola e Ipsos*⁶, que ouviu 1.106 brasileiros, com o objetivo de analisar os hábitos envolvendo o celular e identificar como as relações interpessoais se dão com o uso dos *smartphones*. O estudo ouviu 4.418 pessoas com idades entre 16 e 65 anos em quatro países – Brasil, Estados Unidos, França e Índia. Para a empresa *Statista*⁷, em pesquisa realizada em 2017, o brasileiro era o maior usuário de *smartphone* do mundo, gastando 4h48 minutos por dia no celular.

As plataformas tecnológicas trazem instantaneidade, um espaço de contato e aproximação entre as pessoas e a polifonia⁸ intrínseca à modernidade líquida. Com a instantaneidade das comunicações, o conceito de tempo e espaço para uma informação ou resposta foi transformado. Não há mais um espaço temporal suficiente para a maturação da informação que é recebida ou mesmo para reflexão sobre a mesma. Ante estas circunstâncias, a opinião pública não é mais formada por um rol sólido e confiável de informações, mas moldada pela pós-verdade construída a partir de uma miscelânea de mensagens, muitas vezes com procedência duvidosa.

O que se busca no presente artigo é fomentar uma importante discussão na seara jurídica sobre a influência dessa gama de informações sobre os indivíduos, especialmente sobre os juízes, sem a pretensão de esgotar o assunto ou achar uma solução peremptória, diante da complexidade do tema. Como a modernidade se tornou líquida, as soluções para os

⁶Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/03/20/quase-metade-dos-brasileiros-verificam-seus-celulares-compulsivamente.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 17 de fevereiro 19.

⁷ Disponível em: <https://www.statista.com/chart/9539/smartphone-addiction-tightens-its-global-grip/> Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

⁸ Para Bakhtin (1999, p. 31-38), a polifonia constitui ato comunicativo, no qual há uma interação entre as consciências individuais umas com as outras. A complexidade desse processo se manifesta por meio da forma e do conteúdo desta comunicação, ao possibilitar o surgimento de ideias de conteúdo ideológico, os quais criam discursos distintos que podem ter atritos, complementariedade ou interatividade entre si.

problemas advindos precisam ser constantemente submetidas ao crivo crítico dos operadores da lei em busca de soluções mais pacíficas e que atendam ao melhor interesse da sociedade.

Assim, na interface da comunicação e do direito, o presente artigo busca explorar as perspectivas da opinião pública formada em momento líquido de pós-verdade e as influências advindas deste contexto que sobrepairam sobre o direito processual, em especial à formação dos fundamentos das sentenças e como a interpretação do sujeito não pode ser isolada do contexto em que este está inserido. É de se indagar se o contexto em que o indivíduo está inserido pode influenciar as decisões judiciais. Ou o juiz estaria imune a esta questão por possuir conhecimento técnico da lei? A hipótese adotada é que os meios de comunicação e a opinião pública criam um ambiente propício para que haja influência externa na interpretação das disposições normativas, o que será abordado ao longo do presente artigo.

Quanto ao aspecto metodológico, o presente artigo apresenta caráter exploratório, aprofundando-se nas interações de *fake news*, opinião pública, liberdade de expressão, processo judicial e direito, trazendo à baila a importância de um tema tão caro ao mundo jurídico. Para tanto, os temas são abordados por intermédio da revisão bibliográfica sistematizada de forma dedutiva e dados de painel, os quais proporcionam subsídios necessários para que se aperfeiçoe o debate e a importância da temática suscitada.

1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Os meios de comunicação⁹ têm um papel estratégico e primordial na formação da opinião pública brasileira; em um país de grandes dimensões territoriais os canais e veículos de comunicação trazem uma unicidade nacional, que talvez não fosse possível sem esses fatores aglutinantes para a língua e para a possibilidade de uma identidade nacional.

Através do código comum da linguagem ordinária, eles desempenham também as outras funções, mantendo assim uma relação com a totalidade do mundo da vida. Os núcleos privados do mundo da vida, caracterizados pela intimidade, portanto protegidos da publicidade, estruturam encontros

⁹ Os meios de comunicação são tecnicamente o que o senso comum denomina de mídia. Os meios de comunicação não estão adstritos apenas aos meios de comunicação de massa como o rádio, a televisão e o cinema. Atualmente, englobam as mídias digitais nas quais se encontram ferramentas como *Facebook*, *Instagram*, *Youtube*, *WhatsApp*, *Flickr* e *Linkedin*

entre parentes, amigos, conhecidos, etc., e entrelaçam as biografias das pessoas conhecidas. A esfera pública mantém uma relação complementar com essa esfera privada, a partir da qual é recrutado o público titular da esfera pública. (HABBERMAS, 2003. p. 86)

Entende-se que a mídia tem uma estrutura complexa e ramificada da esfera civil, o que provoca uma multiplicidade de arenas parciais de discussão, que permanecem em constante comunicação entre si. Assim, os membros da esfera civil circulam por diferentes esferas comunicacionais absorvendo ou produzindo conteúdo das mais diversas formas e orientações.

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, 2003, p. 92)

É sabido que a formação da opinião pública está embasada naquilo que é veiculado na mídia, e nos canais de comunicação que a compõem. As associações que representam grupos de interesses e instituições que defendem causas públicas são formadoras de opinião e exercem influência pública. Estes grupos fazem parte do que Habermas (2003) chama de esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa, a qual, através de seus fluxos comunicacionais diferenciados e interligados, forma o verdadeiro contexto periférico.

Habermas (2003) observa que a sociedade civil pode, em certas circunstâncias, ter opiniões públicas próprias, capazes de influenciar o complexo parlamentar, obrigando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. Diante disso, pode-se depreender que os indivíduos sejam impelidos pela mídia e provocados para que tomem uma posição diante do que ela veicula. Levando em consideração que isso depende da ação autônoma dos indivíduos e dos meios de comunicação aos quais estão expostos, além de suas formações subjetivas.

Assim, para Pimenta (2016), cada indivíduo, de posse de seu repertório e subjetividade, toma conhecimento de um fato por meio da mídia e irá discuti-lo com sua família, onde cada membro, também de posse de seu repertório e subjetividade, recebe

informações da mídia e discute o assunto com outras pessoas. Eis a rede de influências discursivas que viabiliza e enriquece a formação da opinião.

Neste sentido, a mídia surgiu como importante mecanismo informacional, no momento em que trabalha para transmitir notícias que considera relevantes ao conhecimento do público. Sendo o principal meio de transmissão de informações, os meios de comunicação acabam por exercer sobre os indivíduos grande poder de domínio, principalmente no que concerne ao senso comum, difundindo, assim, estereótipos, pensamentos e ideologias.

A imprensa, que muitas vezes não tem conhecimento claro da legislação brasileira, opta por emitir opiniões que nem sempre condizem com a realidade, mas soam com caráter sensacionalista ou denunciata o que é mais atrativo para a mídia.

Em nome do “desejo de audiência”, as consequências sociais e econômicas das decisões são desconsideradas (para agradar à audiência, informações sigilosas vazam à imprensa, imagens são destruídas e fatos são distorcidos), tragédias acabam transformadas em catástrofes: no processo penal do espetáculo, as consequências danosas à sociedade produzidas pelo processo, não raro, são piores do que as do fato reprovável que se quer punir. (TEIXEIRA; SILVEIRA, 2011)

Em especial, em relação ao direito penal, crimes e violência, vê-se uma curiosidade aguçada dos indivíduos. Assim, a mídia acaba utilizando-se de notícias sensacionalistas para constituir uma realidade e do mesmo modo influenciar a opinião pública e muitas vezes transmitir valores de grupos dominantes ou de atores interessados no processo para a sociedade civil.

Isto quer dizer que, em busca de maiores índices de audiência, a mídia “enfeita” muitas informações, para, assim, atrair cada vez mais a atenção do público que a acompanha. Desta forma, no momento em que deixa a sociedade perplexa com suas notícias sensacionalistas, propagando a ideologia defendida pelas classes dominantes, o âmbito midiático influencia a sociedade, a fim de exigir do Poder Público medidas cada vez mais céleres e coercitivas para punir aqueles que cometem crimes, acreditando ser esta a melhor alternativa para solucionar a problemática da violência. (CAMARGO, p.2)

Assim, além de informar, os meios de comunicação constroem uma realidade secundária e aparente por meio das informações disseminadas, criando uma sistemática de julgamento e interpretação popular do que são os fatos e de como deve ser interpretado o direito. Essa ótica coaduna com o que Mario Vargas Llosa examina como a civilização do espetáculo, baseado nos conceitos de a “A sociedade do espetáculo”, de Guy Debord (1967).

Todavia Vargas Llosa preconiza um futuro caótico em contraposição à possibilidade de uma ação revolucionária para subverter a ordem do consumo em detrimento do humano como acreditava Debord.

Na mesma toada, Pinker (2018) acredita que a humanidade mesmo imersa em um mundo onde as antigas aldeias, tão pequenas, se tornaram globais, pode se reinventar pois tem ferramentas para recriar a realidade na qual está imersa.

2 FAKE NEWS E PÓS-VERDADE EM TEMPOS LÍQUIDOS

De acordo com a Revista Science¹⁰, as *fake news*, que podem estar na saúde, na política, na economia, na violência social, se espalham mais rápido e atingem mais pessoas que as notícias verdadeiras. De acordo com pesquisa realizada pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), o principal disseminador das *fake news* são os usuários que fazem circular em velocidade surpreendente, por meio das redes sociais, notícias que leu e não verificou a origem, que leu e não checkou, que não leu, e ainda assim, curtiu e compartilhou. A pesquisa ainda aponta que as *fake news* atingem muito mais pessoas que uma postagem verídica, cerca de mil pessoas; já as notícias falsas chegam a 100 mil usuários em uma velocidade três vezes maior, o que confere a esta categoria um crescimento exponencial.

Para Lazer *et al* (2018), o surgimento de notícias falsas destaca a erosão de baluartes institucionais contra a desinformação na era da internet. Para os autores, a preocupação com o problema é global. No entanto, muito permanece desconhecido sobre as vulnerabilidades de indivíduos, instituições e sociedade às manipulações de agentes mal-intencionados. Lazer *et al* (2018), ainda destacam que um novo sistema de salvaguardas é necessário para o controle das *fake news*.

Assim, podemos compreender que as *fake news* constroem um lugar de interferência no discurso denominado pós-verdade.

De acordo com Albert Mohler (2005), a Era da Pós-Verdade é a idade da desonestidade. Para o autor, esta constatação é inspirada no livro de Ralph Keys: “*The Post*

¹⁰ LAZER, David M. J. et al. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/323650280_The_science_of_fake_news. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

Thuth Era: Dishonesty and Deception in Comtemporary Life". Mohler, acredita que a ordem do dia é a mentira institucionalizada virtualmente em vários níveis da cultura, o que é reiterado pelo autor Jeremy Campbell em "*The Liars Tale*"¹¹.

Para Keys, o ser humano mentiu no passado, mas o momento atual representa uma era sem precedentes. Para o autor, mesmo que sempre tenha havido mentirosos, as mentiras costumavam ser ditas com hesitação, um pouco de ansiedade, um pouco de culpa, um pouco de vergonha, pelo menos alguma timidez. Agora, as pessoas espertas, criaram argumentos para adulterar a verdade para que possam se dissociar da culpa. É como se houvesse um ambiente propício e legitimador para o comportamento dissimulado, ao mesmo tempo em que há uma flexibilização dos freios morais, o que permite aos seres humanos abordarem condutas alternativas à moralidade.

Keys traz uma importante abordagem sobre o que o teórico chama de *euphemasia*¹², em que há adoção de posicionamentos de linguagem como: isso não é totalmente verdade, ao invés de isso é mentira; assim, há a criação de termos como "verdade poética", "verdade sutil", "realidade alternativa" ou "distorções estratégicas"? No momento de exacerbação tecnológica, impulsionado por uma dimensão digitalizada da mentira, há a criação de um conceito determinado como "Verdade virtual".

3 A FORMAÇÃO DE UM CONTEXTO INTERPRETATIVO PARA TOMADA DE DECISÃO E COMPREENSÃO DA REALIDADE

Tem sido muito explorado o estudo sobre a influência da mídia no conselho de sentença do júri e no direito penal. Mas como, poderíamos analisar também a influência desses meios para a fundamentação ou mesmo a formação do convencimento dos julgadores nos julgamentos de matéria cível e constitucional?

O Código de Processo Civil de 2015 lançou luzes sobre a necessidade e importância da fundamentação das decisões judiciais (art. 489 do CPC), exigência constitucional prevista no art. 93, IX, da CF/1988. Assim, as decisões devem apresentar de forma fundamentada os motivos que levaram o juízo a chegar a determinado veredicto.

¹¹ O Conto Mentiroso (em tradução livre)

¹² De acordo com Keys, é uma nova síndrome cultural marcada pelo uso de eufemismos na afirmação do discurso de atenuar as mentiras como verdades parciais.

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos tribunais (Gerichtsbarkeit) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem “lacunas no Direito”. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados. (LUHMANN, 1990, p. 163)

Luhman (1990), entendia que não havia uma separação entre a função interpretativa e a função judicativa. A ausência da cisão entre os sistemas possibilita ao sistema jurídico alcançar diversas decisões sobre variados fatos ao longo do tempo.

Todavia é importante ressaltar que a forma como a informação é apresentada pode influenciar no processo decisório, o qual não pode ser desvinculado do interpretativo.

A disposição e organização da informação é salutar para a tomada de decisão.

Quanto maior a base de informação, mais racional é o processo. Quanto maior a proporção de opiniões e sentimentos, mais intuitivo se torna. A racionalidade e a intuição são atributos humanos complementares e não concorrentes. (MAXIMIANO, 2009, p.71)

Para Maximiano (2009) decisões são tomadas para resolver problemas ou aproveitar oportunidades. E iniciam-se a partir da frustração, interesse, desafio, curiosidade ou irritação, ou seja, de uma condição ou fato que exige algum tipo de ação. Robbins (2010) entende que o processo de tomada de decisão é uma atividade passível de equívocos, pois é diretamente ligada às características pessoais e percepção do tomador de decisões. A tomada de decisão e a resolução de problemas seguem a dois modelos: racional e comportamental.

O modelo racional supõe que os tomadores de decisões tenham informações perfeitas e que sejam capazes de avaliar sistematicamente e logicamente cada alternativa e no final tomar uma decisão totalmente imparcial sobre o que será melhor para a organização. O que nem sempre é possível, pois fatores como emoções, preferências individuais e política da empresa acabam por interferir nesse processo.

De acordo com Herbert Simon (2008), o que é importante na tomada de decisão é o que se entende por limite da racionalidade. Para o autor, a partir do ponto de vista econômico demonstra-se que as decisões tomadas são diferentes das escolhas que seriam economicamente ideais. Assim, para Simon (2008), por inúmeras razões os seres humanos tentam agrupar suas escolhas de uma forma utilitária. O autor ressalta que há uma

difficuldade de previsão do comportamento humano na montagem de modelos abstratos decisórios, pois não há como se saber exatamente sobre a grande quantidade de informação que está no consciente e inconsciente das pessoas e como esses contextos se tornam conteúdo capaz de influenciar ou contextualizar o processo decisório.

Ponto importante para alcançar a segurança jurídica é entender a partir de que premissas os juízes decidem. Nessa questão, Posner (1993)¹³, por meio da economia comportamental e da análise econômica do direito, criou um método sistemático sobre os fatores que influenciam as decisões dos juízes americanos. O método de Posner (1995) foi construído sob a ótica de uma visão pragmatista¹⁴ a partir da qual pode-se evitar as interpretações dissonantes da proposição da norma¹⁵.

As teorias de Posner partem da valoração do Direito em substituição a referência a conceitos morais ou valores ético-jurídico por uma racionalidade econômica em sentido estrito, a partir da qual os juízes podem eleger a decisão mais adequada com base em um critério mensurável e objetivo. “Posner sustenta, guiado pelo princípio econômico da maximização da riqueza, que o intérprete e aplicador do Direito, em especial nos casos difíceis, deve pautar o seu raciocínio pela análise do fato econômico e dos interesses em jogo, relação custo-benefício, enfim, pela eficiência racional”.¹⁶

Assim, pode-se inferir que todos os sistemas¹⁷ que se vinculam às ciências da compreensão, inclusive o jurídico, seriam abertos. O sistema transaciona matéria ou

¹³ POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Things Everyone Else Does) Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper nº. 15, 1993.

¹⁴ O pragmatismo jurídico endossado por Posner pode até ajudar os juízes a reconhecer e rejeitar as interpretações jurídicas que são praticamente inviáveis, ou que provocariam inevitavelmente consequências práticas incompatíveis com o que foi planejado pelo legislador. In: ARRUDA, Thais Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. (Dissertação de Mestrado) 287 p. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

¹⁵ A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. In: Kelsen, Hans. Op.cit., p. 251

¹⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann:** breves considerações críticas. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso p. 334

¹⁷ Tradicionalmente, a palavra sistema é empregada como um conjunto em que os elementos integrantes se ordenam por princípios ou se codificam. Descobrir quais são os seus elementos, a estrutura, os princípios que os ordenam, suas funções e comportamento provoca o nascimento de uma série diversificada de teorias. DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op.cit., p. 334

informação com seu meio ambiente, seja através daquilo que entra, o *input*, seja por meio de seu produto, o *output*. Assim, Derzi e Bustamente¹⁸, assinalam que, mesmo nos modelos de sistemas chamados “fechados”, de Hans Kelsen, Max Weber ou Niklas Luhmann, existe um fluxo contínuo de inserção de informações que se dá por meio dos elementos normativos (leis, jurisprudências, súmulas), no caso deste estudo dos precedentes, que entram para o sistema jurídico (*input*) e dele saem como produtos e decisões para o ambiente (*output*).

Nesta mesma toada, Alexy¹⁹ trata de desenvolver uma sistemática para a análise da argumentação jurídica. Em observância a Karl Larenz, Alexy parte da ideia de que não se pode afirmar que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas, no que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea. Assim, para Alexy, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, demonstraria um enunciado normativo único, não se seguindo logicamente das normas jurídicas que se supõem vigentes.

De acordo com Alexy²⁰ existiram quatro motivos mínimos para esta condição: a) a imprecisão da linguagem do Direito, b) a possibilidade de conflitos entre as normas, c) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, d) a possibilidade em casos especiais de uma decisão que contraria a literalidade da norma.

Por sua vez, Larenz²¹ entende que existem cinco critérios: o sentido literal, o significado da lei segundo um contexto, as intenções e metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivo-teleológicos e o mandamento de interpretação conforme a constituição. Para o autor, a imprecisão é uma grande dificuldade a ser enfrentada, pois uma regra interpretada de modo que cumpra seu objetivo pode levar a resultados contrários se dois intérpretes têm concepções diferentes sobre o objetivo da norma em questão.

¹⁸ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op.cit., p. 334

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19

²⁰ ALEXY, Robert. Op.cit. p. 19-20.

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

Assim, para Alexy²², poderia-se abdicar de um sistema de regras de fundamentação, e estabelecer um sistema de enunciados, dos quais seja possível deduzir as premissas normativas que faltam e que são necessárias para a fundamentação.

Na mesma esteira, Alexy²³ enfrenta a questão da valoração a partir da qual ele propõe que a ciência do Direito e a jurisprudência não podem prescindir de valorações, entendimento esse corroborado por Larenz. Diante desta questão, Alexy propõe que é importante responder as seguintes questões: em que medida são necessárias valorações, como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como ‘especificamente jurídicos’ e se tais valorações são passíveis de fundamentação racional.

Para o autor, a proposta de valoração da decisão poderia ser organizada em três classes distintas: a) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; b) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluindo decisões anteriores) e c) recorrer a princípios suprapositivos.

Nessa perspectiva, podemos trabalhar o conceito de Análise do Discurso. Segundo Eni Orlandi (2003), a análise do discurso não estaciona na interpretação que ela considera como atos do domínio simbólico, pois eles intervêm no real do sentido.

A Análise do Discurso não estaciona na interpretação, trabalha seus limites, seus mecanismos, como parte dos processos de significação. Também não procura um sentido verdadeiro através de uma ‘chave’ de interpretação. Não há esta chave, há métodos, há construção de um dispositivo teórico. Não há uma verdade oculta atrás do texto. Há gestos de interpretação que o constituem e que o analista, com seu dispositivo, deve ser capaz de compreender. (ORLANDI, p. 26)

Para Orlandi (2003), a compreensão está para além da interpretação, pois ela explora como, em um determinado contexto, se dão os processos interpretativos. Para a autora, a compreensão procura a explicitação dos processos de significação presentes no texto e permite que se possam ‘escutar’ outros sentidos que ali estão, compreendendo como eles se constituem.

Assim, para uma interpretação do discurso e a construção de dispositivo interpretativo pelo analista do discurso tem-se que analisar as condições de produção de um

²² ALEXY, Robert. Op.cit., p. 21.

²³ ALEXY, Robert. Op.cit.,.

discurso e como elas compreendem gradualmente os sujeitos e a situação na qual estão inseridos. Orlandi considera que existem as condições de produção em sentido estrito e as circunstâncias da enunciação, que é o contexto imediato. Por sua vez, se forem consideradas em sentido amplo, as condições de produção do discurso incluem o contexto sócio-histórico, ideológico.

Outro ponto relevante é como as informações de memória interagem no discurso, para Orlandi (2003), este é o saber discursivo que torna possível todo dizer e que retorna sob a forma do pré-constituído, o já dito que está na base do dizível, sustentando cada tomada da palavra. Assim, há a constituição de um interdiscurso que afeta o modo como o sujeito significa em uma situação discursiva dada.

As condições de produção, que constituem os discursos, funcionam de acordo com certos fatores. Um deles é o que chamamos de relação de sentidos. Segundo essa noção, não há discurso que não se relacione com outros. Em outras palavras, os sentidos resultam de relações: um discurso aponta para o outro que se sustenta e assim para dizeres futuros. (ORLANDI, 2003, p. 39)

Na perspectiva da hermenêutica jurídica, o papel do intérprete para Maximiliano, segundo Miozzo (2016), reconhece o componente pessoal inarredável do intérprete, que impede que este seja reduzido a um autômato. Maximiliano também pontua que a Hermenêutica pode ser considerada o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem.

De acordo com Miozzo (2016), é importante ressaltar o “problema” da subjetividade e a questão da linguisticidade da interpretação, os quais seriam temas importantes à hermenêutica filosófica e jurídica.

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria- prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador

esclarecido entre o direito individual e o social (MAXIMILIANO, 1961, p. 83 apud MIOZZO, 2016, p. 379).

Na experiência da hermenêutica de Gadamer ele demonstrou a natureza da compreensão humana, e que a linguagem passa a ser vista, após a virada linguística, como meio para a compreensão do indivíduo no mundo. Assim, a linguagem passa a ser observada como processo de aprendizagem intersubjetivo. Para o autor, há uma grande importância do sujeito estar imerso em um contexto histórico-linguístico, condição que molda e possibilita um conjunto de sentidos.

Aquele que quer compreender, fazer uma interpretação correta, adotar um comportamento reflexivo diante da tradição, tem de proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” (GADAMER, 2005).

Gadamer (2005) acredita que a real compreensão não é aquela que se encontra nas opiniões prévias, e que o sujeito não pode se entregar a ela. Deve considerar as informações anteriormente existentes, mas precisa trabalhar com um constante interpretar até que ao longo do processo interpretativo de comunicação possa ter a formação de novos conceitos que o auxiliem no processo interpretativo. Dessa forma, é possível confrontar o que se deve extrair do texto com as opiniões prévias pessoais do intérprete. Partindo desse pressuposto, passa-se a compreender sobre como os juízes decidem de uma outra perspectiva.

Assim, pode-se perceber que o contexto em que o sujeito está inserido afeta a formação de sua percepção da informação. Nessa ótica, ressalta-se que em um momento histórico específico e diante de informações determinadas a forma de pensar dos sujeitos sofre interferência.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PONDERAÇÃO DE DIREITOS

A liberdade de expressão é assegurada pela Constituição Brasileira em seu artigo 5º²⁴, o qual trata do direito de qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento,

²⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e sem censura. A liberdade de expressão é um direito reconhecidamente inalienável, irrenunciável, intransmissível e irrevogável e essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana além de condição fundamental de uma sociedade democrática.

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial. (SILVA, 2000, p. 247)

A liberdade de expressão não pode ser exercida como direito por meio do anonimato e nem este deve ser usado de forma imprudente. Principalmente valendo-se dos meios digitais de comunicação para garantir o anonimato, a boataria, a indústria das *fake news* e o efeito manada. É necessário que mais do que expressar a opinião, haja uma garantia de que esse exercício não lese o direito de outrem. Ademais, o exercício inconsequente da liberdade de expressão tende a afetar a livre consciência, pois essa é formada com base em informações falsas, distorcidas ou meias verdades.

Para Torres (2013), no que tange à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos fundamentais efetivam-se de modo interdependente: a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Porém, não restam dúvidas de que tal liberdade é imprescindível para que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso.

Destarte, na ordem jurídica atual, a liberdade de expressão pode ser compreendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação,

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. Desta forma, a liberdade de expressão cria o escopo necessário para que se tenha a formação de cidadãos e que seja permitido o desenvolvimento democrático do Estado, o qual é fomentado por uma opinião pública construída por meio de informações de qualidade e que atue no sentido de construir sistemas políticos e jurídicos adequados ao meio em que vivem.

Assim os direitos fundamentais – como princípios – podem ser entendidos como valores morais compartilhados por uma comunidade em dado momento e lugar, que migram do plano ético para o jurídico quando se materializam em princípios abrangidos pela Constituição (BARROSO, 2008, p. 352).

Nesta toada, pode-se identificar que a liberdade de expressão tem em seu arcabouço o direito de informar e ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa entre outros. Baseando-se nessa perspectiva, a liberdade de expressão deve ser operacionalizada de maneira ampla, todavia, deve-se observar sua limitação quando não propiciar à sociedade a finalidade para a qual foi destinada constitucionalmente.

Como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios enquanto normas “desenvolvidas”, às normas “criadas” deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito. (ALEXY, p. 109)

Para o teórico Alexy, os direitos fundamentais estariam inseridos na categoria de princípios, o que possibilita que haja colisão entre este e os outros, o que necessitaria de uma solução ponderada entre os mesmos. Porém, para que haja um sopesamento dos mesmos, deveria-se partir de um isolamento puro do conceito de princípios, o que não é de todo possível, se houver uma não verídica na formação da opinião pública. Quando se é conduzido a uma conduta equivocada, estaria a liberdade de expressão contaminada em algum sentido.

5 OPINIÃO PÚBLICA, *FAKE NEWS* E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Na era do fluxo massivo e instantâneo de informações, pessoas se posicionam e são capazes de condenar alguém sem ao menos conhecer os elementos probatórios ou, muito menos, ter uma sentença condenatória transitada em julgado. Os meios de comunicação ganham, assim, um novo espaço no âmbito jurídico, como um controlador externo do Judiciário, aquilo que Taruffo chamou de função extraprocessual.²⁵

Com o advento dessas novas tecnologias, as notícias se propagam pelas redes sociais, *sites* de notícias, rádios e televisão de forma acelerada, muitas vezes não permitindo ao cidadão apurar a veracidade dos fatos noticiados, gerando bolhas de informações.

Diante desta realidade, o Poder Judiciário vê-se perante situações singulares, sendo muitas vezes alvo de comentários e críticas diretas a seus posicionamentos, refletindo insatisfação e encorajamento por parte da sociedade, que formam sua opinião sobre o que seja a verdade de um fato por meio do que é noticiado.

Para que a sociedade não se deixe dominar, segundo Pierre Bourdieu²⁶, diante do poder simbólico atribuído à mídia, seria de grande valia a introdução do estudo do direito nas escolas, por meio de aulas como Direito Constitucional, Introdução ao Estudo do Direito e Direito do Consumidor, por exemplo, permitindo que os cidadãos tenham certa base jurídica, sua linguagem e símbolos.

Trata-se de verdadeira política pública a ser implementada com o fim de informar à sociedade sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, sobre o direito de não ser condenado sem provas robustas, minimizando, assim, a própria pressão popular sobre o Poder Judiciário, diante de casos com grande repercussão social.

A teoria dos líderes de opinião pode ser muito útil no particular. Pois, esta, consiste em associar os processos comunicativos de massa às características do contexto social em que estes se realizam, é possível distinguir duas correntes: a primeira diz respeito ao estudo da composição diferenciada dos públicos e dos seus modelos de consumo da

²⁵TARUFFO, Michelle. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 22-23.

²⁶BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

comunicação de massa. A segunda, e mais significativa, compreende as pesquisas sobre a mediação social que caracteriza esse consumo.

A partir desta teoria com uma aplicação prática, temos a necessidade de mapeamento dos principais atores-chave. Pois, entende-se que os líderes de opinião, com conceito baseado no modelo de *two-step-flow*, podem ser encontrados em diferentes meios de comunicação e grupos de atuação, espalhados pelo tecido social e atuando diretamente na transmissão do discurso e na formação da opinião pública. Para Katz (1956)²⁷, foi observado que os canais mediáticos eram mais eficientes para criar consciência sobre determinado assunto (efeito de agendamento) e que os canais interpessoais eram mais eficientes para mudanças de atitudes (efeito de influência).

Assim, o uso dos formadores de opinião como agentes de transformação atrelado às instituições que podem fornecer informações qualificadas é um processo essencial para a educação da sociedade. Em uma via de mão dupla, esse modelo de comunicação tanto fornece informação aos líderes de opinião, retransmissores de mensagens e informações, como também propicia que estes abasteçam as instituições com informações colhidas em suas áreas de influência. Com esta sistemática os formadores de opinião deixam de ser meros receptores para serem parceiros no processo de comunicação da instituição e disseminadores de informação qualificada na sociedade.

Para tanto, é necessário que as instituições jurídicas tenham estratégias de sensibilização da sociedade e dos atores processuais. Assim, para uma possível solução da questão é necessário que o público-alvo, no caso a sociedade e os atores processuais, seja sensibilizado sobre a relação dos fatos com a notícia e da fundamentação jurídica para tomada de decisões, além da legislação vigente.

É necessário também que seja combatido o discurso de compartilhamento de *fake news*, uma maior educação cidadã acerca do sistema jurídico e da legislação vigente no País. Orientação da sociedade para a verificação da origem das informações e da fundamentação dos fatos veiculados. Educação acerca de institutos como o contraditório, a ampla defesa e as garantias constitucionais, para que se evite um clamor popular que possa influenciar os ritos processuais.

²⁷ KATZ, E. "The Two-step flow of communication; Interpersonal Relations and the Mass Communications: studies in the flow of influence" 1956.

Outro ponto relevante é uma política de *media training* para os atores processuais e de contingenciamento para a relevância dos fatos em detrimento do que é veiculado pela imprensa. Assim, além de uma atitude propositiva do Poder Judiciário é necessário um treinamento dos veículos de comunicação para que os legitimados para veicular a informação estejam aptos a deixar a informação pertinente aos fatos e a legislação vigente.

Em tempos de *fake news* e pós-verdade, há a necessidade de se reforçar os canais de comunicação; ainda na visão de Habermas, precisamos romper com a “ingenuidade de pretensões de validade erguidas diretamente e de cujo reconhecimento intersubjetivo depende a prática comunicativa do cotidiano”.²⁸ Não se pode esperar que os meios de comunicação criem soluções processuais geradas em incertezas e que a sociedade dê validade sem conhecer as ingerências advindas do agir comunicativo empregado no direito, por meio de sua linguagem e simbologias que as diferencia de todos os sistemas fechados.

Portanto, diante dos exemplos demonstrados e da forma como se comporta a sociedade perante casos paradigmáticos que fogem ao senso comum, uma sociedade formada por cidadãos com um mínimo de compreensão do seu sistema jurídico inibe as a força acachapante da opinião pública, obrigando os veículos de comunicação a uma linha editorial mais comprometida com a verdade.

Vale ressaltar, que muitas vezes para criar programas de TV ou manchetes mais atrativas, há um afastamento da lei brasileira e uma criação de uma realidade adaptada ao programa televisivo. É o que acontece em muitas novelas brasileiras que adaptam seus enredos, muitas vezes parecendo com os folhetins americanos. Não há uma preocupação clara com o direito de defesa previsto no processo penal (contraditório e a ampla defesa) e os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Pois os ritos processuais podem parecer desinteressantes sob a ótica televisiva, são por sua vez lentos, o que não contribui para o ritmo necessário à espetacularização do processo penal.

A imprensa, que muitas vezes não tem conhecimento claro da legislação brasileira, opta por emitir opiniões que nem sempre condizem com a realidade, mas soam com caráter sensacionalista ou denunciata o que é mais atrativo para a mídia.

²⁸HABERMAS, Jünger. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.p. 156

Em nome do “desejo de audiência”, as consequências sociais e econômicas das decisões são desconsideradas (para agradar à audiência, informações sigilosas vazam à imprensa, imagens são destruídas e fatos são distorcidos), tragédias acabam transformadas em catástrofes: no processo penal do espetáculo, as consequências danosas à sociedade produzidas pelo processo, não raro, são piores do que as do fato reprovável que se quer punir. (TEIXEIRA; SILVEIRA, 2011)

Nessa toada, o que a imprensa veicula passa a ter caráter de verdade e influencia o comportamento dos sujeitos, principalmente criando contextos interpretativos. Ante essa perspectiva, a imprensa muitas vezes atropela de forma dolosa a jurisdição ditando sua própria realidade e desconsiderando a natureza das normas e suas aplicações.

6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICADA AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E AS *FAKE NEWS*

A legislação brasileira não tem previsão específica para a punição das *fake news*, nem tão pouco há possibilidade de que haja uma métrica para saber seus reais impactos nas atividades processuais. Ao se esbarrar nesse vácuo legislativo, há um questionamento acerca da proibição das *fake news* ou se esta poderia ser uma tendência a cercear a liberdade de opinião.

A Lei de Imprensa, lei 5.520/67, foi revogada pela ADPF nº 130, O Ministro Ayres Brito relator da ADPF, entendeu que a lei caracteriza a liberdade de imprensa como um “sobredireito”, apontando para uma não imposição de limites ao exercício da imprensa e admitindo somente restrições às consequências do exercício.

Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana (ADPF no 130, Rel. Min. Ayres Brito, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009)

Para o Ministro, liberdade de imprensa não precisaria sofrer limitações prévias abstratas, passíveis de configurar censura. Seria suficiente que o abuso do direito fosse reprimido posteriormente. De acordo com Tôrres (2013), essa delimitação interpretativa posterior de um direito fundamental não se dá apenas como um problema metódico de subsunção lógica, ela reflete uma questão política indicadora de relações sociais de domínio

e de sujeição. Nessa ADPF, o arguente, após destacar a incompatibilidade de alguns artigos específicos da Lei no 5.520/67, apontou para a necessidade da sua total não recepção, dado seu espírito inconstitucional.

Na mesma toada, no julgamento da Reclamação 22328/RJ, o Ministro Barroso entendeu que a ADPF 130 proibiu enfaticamente a censura das publicações jornalísticas.

No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. A retirada de matéria de circulação configura censura em qualquer hipótese, o que se admite apenas em situações extremas. Assim, em regra, a colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade deve ser resolvida pela retificação, pelo direito de resposta ou pela reparação civil. Diante disso, se uma decisão judicial determina que se retire do *site* de uma revista determinada matéria jornalística, esta decisão viola a orientação do STF, cabendo reclamação. STF. 1ª Turma. Rcl 22328/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 6/3/2018 (Info 893). Em paralelo, o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14 é a lei que regula o uso da internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

O art. 3º da lei disciplina do uso da internet no Brasil entre outros, garante os princípios da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; a proteção da privacidade; a proteção dos dados pessoais, na forma da lei; a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; a preservação da natureza participativa da rede;

No art. 7º da Lei de Imprensa, há a previsão de que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Já no art. 8º está positivada a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações, condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Na mesma esteira, o art. 10, traz que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata a referida lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente

envolvidas. Em seu § 1º o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV desse Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. Dita o § 2º que o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

A "Lei Carolina Dieckmann"²⁹: sancionada em dezembro de 2012, serviu como base jurídica para punir quem divulga informações pessoais sem consentimento. Já os crimes de calúnia, injúria, difamação e ameaça, encontram amparo no Código Penal; por mais que estas condutas estejam tipificadas no Código Penal vigente, nos artigos 138, 139, 140 e 147, há clara dificuldade do cessamento da conduta, pois não há um controle de como foi espalhada a informação ou se esta ainda continua na rede. Ao se compartilhar conteúdo na internet, há perda do controle da informação e esta passa a estar disponível para um número muito grande de pessoas. Assim, a propagação de notícias e conteúdos pela internet se dá quase instantaneamente e sem controle.

Em que pese o direito à liberdade de expressão e opinião, estabelecido pelo artigo XIX, da Declaração dos Direitos Humanos, é importante que se tenha consciência do que se expressa ou opina, principalmente quando será publicado na internet, ainda mais se a opinião ou expressão for criminosa. Pois, deve ser defeso toda e qualquer prática de crime pela internet, limitando, de certa maneira, a liberdade de expressão. Isso decorre do fato de que os indivíduos possuem o direito a expor seu pensamento, mas se o fizerem de maneira preconceituosa ou se debatendo com as leis, estes devem assumir os resultados de seus atos.

Paralelo a isso, o *WhatsApp*, um dos maiores circuladores de mensagens no mundo, limitou, em 21 de janeiro de 2019, o encaminhamento de mensagens para apenas

²⁹ **2) Art. 154-A** - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. **Art. 266** - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

2) Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

cinco usuários³⁰. A nova regra estabelece que para cada grupo, que pode ter até 256 membros, uma mensagem possa ser redirecionada para 1.280 usuários de uma vez, contra

5.120 como vigorava anteriormente. O mensageiro visa, dessa forma, restringir a difusão de notícias falsas pela plataforma.

Na ocorrência de publicações homofóbicas, xenofóbicas, de discriminação racial, apologia ao nazismo e pornografia infantil é possível realizar uma denúncia anônima e acompanhar o andamento da investigação pelo site do *Safernet* (<http://new.safernet.org.br/denuncie>). O *Safernet* é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, com foco na promoção dos Direitos Humanos e têm parceria com a Polícia Federal, o Ministério Público Federal (MPF) e a Procuradoria-Geral Federal, além de empresas como o *Google*, *Facebook* e o *Twitter*.

Nessa toada, seria mais pertinente uma educação do usuário para um cotejamento da informação recebida e uma curadoria do seu conteúdo? Estariam os julgadores e outros atores processuais imunes à opinião pública e às *fake news*?

CONCLUSÃO

Enquanto houver a necessidade de concepção do homem médio como parâmetro para a fundamentação de várias sentenças sejam elas de matéria cível, constitucional ou penal, há que se falar na influência dos meios de comunicação e da pós-verdade na formação desse comportamento do homem médio, tanto no que concerne à tomada de decisão do mesmo, como à fundamentação das decisões dos juízes. Importante visualizar como as informações disponíveis nos meios de comunicação, as quais criam uma pós-verdade, são relevantes para a formação das convicções prévias do julgador, como afirma Gadamer, as quais são consideradas na construção de uma fundamentação para a tomada de decisão.

Outro ponto relevante é separar a formação das ideias prévias a partir de informações confiáveis, pressupostamente verdadeiras do ponto de vista técnico e científico e a formação de ideias prévias a partir de *fake news*, informações tendenciosas ou pós-

³⁰Para combater fake news, WhatsApp limita reenvios a cinco contatos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/para-combater-fake-news-whatsapp-limita-reenvios-cinco-contatos-23388442>. Acesso em: 21 de janeiro de 2019.

verdade. Aqui não considerando a fluidez da permanência das ideias prévias e as mudanças aceleradas na identidade do indivíduo, que passam a ser cambiantes em tempos líquidos.

Neste diapasão, cabe ressaltar que decisões, principalmente de natureza cível, tributária e constitucional, as quais afetam a vida de milhares de pessoas, costumam ter debates anteriores ao julgamento. Como exemplo, temos o caso da permissão de aborto para os fetos anencefalos, células tronco, demarcação de terras indígenas, casamento homoafetivo e a imunidade tributária para o livro digital ou mesmo o recente acordo referente aos planos econômicos e os poupadores.

Em uma via de mão dupla, os meios de comunicação tanto fornecem informação aos líderes de opinião, retransmissores de mensagens e informações, como também propiciam que estes abasteçam as instituições com informações colhidas em suas áreas de influência. Com esta sistemática os formadores de opinião deixam de ser meros receptores para serem influenciadores na formação de opinião, as quais contribuem para a consolidação de ideias prévias do sujeito e por sua vez, tendem a influenciar a percepção social sobre determinadas decisões jurídicas.

Por vezes, os meios de comunicação de massa usurpam do Poder Judiciário funções a ele inerentes de acordo com a Constituição de 1988. Desta forma, pode-se compreender que a mídia é uma importante ferramenta para que os cidadãos possam influenciar o sistema político ou atores decisores, por meio da opinião pública. É fato incontestável que a mídia se apresenta como poderoso instrumento de influência para a formação e orientação da sociedade civil. Resta avaliar, sempre, como e com que finalidade esse instrumento é usado.

Ao longo do texto, podem-se identificar alguns casos em que houve atuação da opinião pública, por meio dos meios de comunicação, na criação de um contexto decisório. Aqui reforça-se a tese de Costa (2016) de que nem todo achado comportamental exige mudança na lei para ser eliminado ou mitigado. Para o autor, simplesmente não se consegue combater alguns vieses cognitivos por meio de medidas legais. Para o combate à influência das *fake news* no processo judicial é necessário entre outras medidas: a) legislação de controle para as *fake news* ou notícias de alarde à população; b) preparação da população para a não propagação de notícias sem verificação da fonte; c) uma maior preparação dos decisores acerca da formação da opinião pública e seu escopo de influência; d) incluir uma formação sobre lógica e linguística nos cursos de direito; e) aplicação de mecanismos

processuais para a busca pela imparcialidade; f) reconhecimento por parte do julgador das forças e atores atuantes no processo por meio de exercício próprio de busca da imparcialidade ou mesmo reconhecimento das forças externas como base para fundamentação.

A busca por uma imparcialidade estaria relacionada ao fato de, em si, a natureza da decisão não ser imparcial. Assim, seria necessário um automonitoramento contínuo para se estabelecer os limites de influências externas na aplicação e interpretação da norma. Para que houvesse uma possibilidade de diminuir a parcialidade dos atores externos, meios de comunicação e *fake news*, deveria ser levado em consideração um modelo próprio de busca imparcial de aplicação da norma, o qual, por sua vez, necessitaria ser submetido ao caso concreto.

Por fim, é importante reconhecer que todos os sujeitos estão imersos em um caldo cultural formado pelo embate de forças comunicacionais e atores processuais, os quais tanto influenciam na construção da norma, como na aplicação da mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARRUDA, Thais Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. (Dissertação de Mestrado) 287 p. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

BAKHTIN, Mikhail Volochinov. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira; com a colaboração de Lúcia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BONFIM, Vinícius Silva. Gadamer e a experiência hermenêutica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. **A opinião pública não existe**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1464421/mod_resource/content/1/A_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_N%C3%A3o_Existe_%28Pierre_Bourdieu%29.pdf.

Acesso em:

CAMARGO, et al. **A mediatização no Direito Penal**: uma conjuntura pragmática sensacionalista. Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Mídia e Direitos da Sociedade em Rede. Disponível

em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/1.pdf> Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

COSTA, Eduardo da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6986/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2019.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso.

DUARTE, Pedro Russi.; NETO, Lauro Maranhão Aires. **Re-significação dos Líderes de Opinião pelo ambiente mediático**: uma abordagem teórica no campo da comunicação. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/resumos/R3-0732-1.pdf> Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

FRANCO, Maria Eugênia Santana. **Os meios de comunicação em massa e o sistema jurídico**: a mídia como um instrumento de controle social. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_meios_de_comunicacao_em_massa_e_o_sistema_juridico_a_midia_como_um_instrumento_de_controle_social.pdf. Acesso em: 04 de março de 2018.

HABERMAS, Jünger. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. O papel da sociedade civil e da esfera pública política. In: **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOHLER JR, Albert. **The Post-Truth Era–Welcome to the Age of Dishonesty**. Disponível em: <http://www.albertmohler.com/2005/07/19/the-post-truth-era-welcome-to-the-age-of-dishonesty/> Acessado em 16 de janeiro de 2019.

Idosos são mais propensos a espalhar notícias falsas, diz estudo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46849533> Acessado em 30 de janeiro de 2019.

KATZ, E. – **The Two-step flow of communication**; “Interpersonal Relations and the Mass Communications: studies in the flow of influence” 1956.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LUCAS, Luciane (org). **Media Training**: como agregar valor ao negócio melhorando a relação com a imprensa. São Paulo: Summus, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

Mais de 4 bilhões de pessoas usam a internet ao redor do mundo. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/126654-4-bilhoes-pessoas-usam-internet-no-mundo.htm> Acesso em: 13 de janeiro de 2019.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Introdução à Administração**. Ed. Compacta. São Paulo: Atlas, 2009.

MENEZES, Suzaneide Ferreira da Silva. **A mídia televisiva e seus impactos na formação de opinião e na comunicação entre as pessoas.** Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoE/1579291b0e7dd6d59098Suzaneide_Menezes.pdf Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

LAZER, M. J. et al. The science of fake news. **Science.** Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323650280_The_science_of_fake_news/download Acesso: em 21 de janeiro de 2019.

MIOZZO, Pablo Castro. Fundamentos dos conceitos de hermenêutica jurídica e de interpretação em Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, vol. 1 nº 03, 2016.

NETO, Lauro Maranhão Aires. **Líderes de opinião no ambiente mediático: uma abordagem teórica no campo da Comunicação.** Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1665/1/2008_LauroMaranhaoAiresNeto.pdf. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

ORLANDI, Eni. **Análise de discurso princípios e procedimentos.** 5. ed. Campinas: Pontes, 2003.

Para combater fake news, WhatsApp limita reenvios a cinco contatos. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/para-combater-fake-news-whatsapp-limita-reenvios-cinco-contatos-23388442>. Acesso em 21 de janeiro de 2019.

Pesquisa Brasileira de Mídia - PBM 2015: Levantamento quantitativo domiciliar sobre os hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf/view>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

PINKER, Steve. **O Novo Iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PIRES, Máisa Rezende. O equilíbrio necessário para que a liberdade de expressão coexista com outros direitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10790. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Things Everyone Else Does) Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper nº. 15, 1993.

ROBBINS, Stephen; JUDGE, Timothy; SOBRAL, Filipe. **Comportamento organizacional: teoria e prática no contexto brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Pearson, 2010.

SANTARENO, S. L. **Mídia e opinião pública.** Disponível em: http://www.jesocarneiro.com.br/artigos/midia-e-opiniao-publica/15_10_2007/ Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

SIMON, Herbert. **Os limites ou fronteiras da racionalidade.** Entrevista. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=QFLxazu6pCw>. Acesso em: 10 de fevereiro 2019.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. TARUFFO, Michelle. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TORRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

WhatsApp diz como tenta combater fake news no Brasil. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/10/whatsapp-diz-como-tenta-combater-fake-news-no-brasil.html>. Acesso em: 10 de março de 2019.

WhatsApp é vetor de fake news no Brasil; nos EUA, papel é do Facebook. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/whatsapp-e-vetor-de-fake-news-no-brasil-nos-eua-papel>. Acesso em: 10 de março de 2019.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE

JURISDICIONAL:

POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Eugenia Martins de Moura

Resumo: O presente trabalho tratou do tema da discricionariedade administrativa, com foco na margem de liberdade concedida à Administração Pública no atual cenário jurisdicional brasileiro, especificamente sobre aqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas. O objetivo central do trabalho foi responder à pergunta: “o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa, naqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas?”. A metodologia de pesquisa se valeu do método indutivo e do procedimento de análise de jurisprudência. O objetivo específico do artigo foi verificar se o Supremo Tribunal Federal entende possível e juridicamente aceitável a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas. Foi realizada busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal contendo as expressões “mérito administrativo”, “discricionariedade administrativa” e “implementação de políticas públicas”, o que resultou num achado de mais 210 acórdãos, distribuídos no período de 1988 a 2019. Dentre tais acórdãos, alguns foram selecionados e analisados a fim de que o objetivo do presente trabalho fosse cumprido.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade Administrativa. Controle Judicial.

Abstract: Il presente lavoro ha affrontato il tema della discrezionalità amministrativa, concentrandosi sul margine di libertà concesso alla Pubblica Amministrazione nell'attuale scenario giurisdizionale brasiliano, in particolare su quei casi di omissione del potere esecutivo nell'attuazione delle politiche pubbliche. L'obiettivo principale del lavoro era di rispondere alla domanda: "dopo la Costituzione federale del 1988, la magistratura favorisce l'unione giudiziaria di discrezionalità amministrativa in quei casi di omissione del ramo esecutivo nell'attuazione delle politiche pubbliche?". La metodologia di ricerca ha utilizzato il metodo induttivo e la procedura di analisi della giurisprudenza. L'obiettivo specifico dell'articolo era verificare se la Corte Suprema comprendesse possibile e legalmente accettabile l'intervento della magistratura in caso di omissione del potere esecutivo nell'attuazione delle politiche pubbliche costituzionalmente fornite. È stata effettuata una ricerca sul sito Web della Corte suprema federale contenente i termini "merito amministrativo", "discrezione amministrativa" e "attuazione delle politiche pubbliche", che ha portato alla conclusione di 210 ulteriori sentenze, distribuite tra il 1988

e il 2019. Tra queste alcuni giudizi sono stati selezionati e analizzati al fine di soddisfare l'obiettivo del presente lavoro.

Keywords: Pubblica Amministrazione. Discrezione Amministrativa. Controllo Giudiziario.

INTRODUÇÃO

A figura da Administração Pública foi concebida no âmbito do Estado de Direito, ao lado e em certa medida em decorrência do princípio da separação de Poderes, e se mostra caracterizada desde então pela submissão à lei, e por consequência alcançável pelo Poder Judiciário.

Será a margem de liberdade concedida à Administração Pública no atual cenário jurisdicional brasileiro o campo deste estudo.

O recorte será um olhar sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários após a Constituição de 1988, especificamente sobre aqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas, tema de notável relevância no âmbito do Direito Administrativo e Direito Constitucional contemporâneo.

O problema central que buscará ser analisado se refere à seguinte questão: “o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa naqueles casos de omissões na implementação de políticas públicas?”. A hipótese que se propõe validar é a de que tal tese encontra, com considerável intensidade, acolhida pela Corte Constitucional do Brasil.

A discussão se mostra relevante e atual, uma vez que o entendimento e o norte dado pelo Supremo Tribunal Federal amoldam, em última instância, a atuação dos administradores públicos de todo o país, refletindo na criação, implementação e manutenção de políticas públicas nas três esferas, e de certa maneira e em certo grau, na garantia dos direitos fundamentais dos brasileiros.

Inicialmente será introduzido o tema da discricionariedade administrativa sob a ótica histórica e conceitual. Na sequência, serão identificadas e analisadas algumas decisões do STF que cuidam do tema.

A escolha das decisões que serão abordadas considerou a correlação dos direitos tratados a fim de que se apresente possível, na moldura do artigo, a identificação de algum padrão nos pronunciamentos do STF quanto ao tema.

Sendo assim, na seção 1 será apresentado um brevíssimo olhar sobre o desenvolvimento da figura da Administração Pública e, atrelado a ela, a construção da identidade da discricionariedade administrativa, até a atualidade.

Na seção 2 será abordado o tema do Controle da atividade administrativa pelo Judiciário nos moldes da Constituição Federal de 1988.

Finalmente, na seção 3, será lançada luz sobre o controle dos atos administrativos discricionários pelo STF, mais especificamente por meio da análise de 3 julgados pós Constituição de 1988 que em certo grau reflete o posicionamento da Suprema Corte em relação àqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para que se chegue a presente concepção de Administração Pública necessário se faz percorrer, ainda que brevemente, seu histórico, a partir da formação do Estado Moderno.

Ao tempo do Estado de Polícia, notadamente autocrático, das monarquias absolutas, o direito para administrar era ilimitado, visto que se confundia com o poder absoluto do príncipe. Não havia qualquer instrumento legal apto a questionar as decisões tomadas pela figura central do rei. Nas palavras de Maria Sylvia “os súditos ficavam à mercê do príncipe, não dispondo de qualquer medida judicial a ele oponível”. (DI PIETRO, 1991, p. 18)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”. (MELLO, 2014, p. 47).

Este cenário sofreu discreta, porém importante mudança, quando a personalidade jurídica do Estado passou a experimentar regimes jurídicos diversos, a

exemplo da Teoria do Fisco, “em consonância com a qual o patrimônio público não pertenceria ao príncipe nem ao Estado, mas ao Fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado”. (DI PIETRO, 1991, p. 18).

Sendo assim, um quinhão da atividade do Estado, notadamente os atos privados da Administração, passava a ser alcançado pela lei, e por consequência, pela possibilidade de análise judicial.

Com o surgimento do Estado de Direito, do Constitucionalismo e do apelo ao princípio da legalidade e à separação de Poderes, a garantia de liberdade do homem ficou em franca evidência, começando então a contrastar com atuação estatal que a afrontasse ou de alguma forma ameaçassem tal liberdade.

Nos dizeres de Luciano Ferreira Leite, “não se pode falar em Estado de Direito se as normas editadas pelo Estado impuserem obrigações somente aos administrados porque, nessa hipótese, ele ficaria acima da ordem jurídica”. (LEITE, 1981, p. 15).

Nessa fase de Estado Liberal de Direito, a figura do Estado não era mais imantada da arbitrariedade do príncipe e deveria perseguir a proteção da propriedade e a liberdade do indivíduo.

O rei não sendo mais a fonte do Direito, essa passou a ser a vontade do povo. Vale dizer que o Poder Executivo foi substituído pelo Legislativo no tocante à elaboração do corpo legal, como o continua sendo até os dias atuais.

Nessa toada, o Direito Administrativo surge por sua vez, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal”. (MELLO, 2014, p. 47).

Em decorrência de toda essa evolução, o princípio da “justicialidade” se configurou, permitindo que até mesmo os litígios entre as autoridades superiores de um Estado fossem decididos por procedimento contencioso, ou seja, ao escrutínio de um órgão independente (figura do Judiciário).

Nas palavras de Barreiros Soares, “desde o século XIX, aparece na França o que se chamaria de recurso por excesso de poder, momento esse em que se começa a

limitar a discricionariedade administrativa do agente público, independentemente de sua hierarquia administrativa”. (SOARES, 2009, p. 93).

A Administração Pública, sentido os reflexos das alterações sofridas pelo Estado, passou a não contar mais com prerrogativas especiais e não gozar mais daquela discricionariedade ampla que experimentava no período do Estado de Polícia.

Com a diminuição do âmbito de atuação do Estado na atividade privada, o Direito Administrativo também sentiu seu espectro diminuir. As bases do Direito Administrativo eram partilhadas também pelo constitucionalismo, e a defesa da liberdade do indivíduo se tornou uma bandeira comum.

Entretanto, a Administração Pública ainda tinha certa liberdade em relação a mecanismos de controle judicial. Fato esse chancelado inclusive pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao passo que permitia livre autonomia em todo ponto não regulado legalmente.

Neste momento, a discricionariedade administrativa ainda se apresentava mais como um poder político do que como um poder jurídico.

Com o passar do tempo, no século XIX, esse tipo de atuação negativa por parte do Estado, engendrou reações que acabaram por desaguar na formação do Estado Social de Direito.” Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem- Estar”. (MELLO, 2014, p. 50).

Este modelo deixava no campo de atuação estatal a nova missão de equalizar as desigualdades socioeconômicas que ficaram cada vez mais aparentes com o período do *laissez faire*, conforme expõe Maria Sylvia:

Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade, para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade. (DI PIETRO, 1991, p. 29).

Com essa nova missão estatal, o Poder Executivo e em seu encalço o Direito Administrativo floresceram como nunca antes, uma vez que o interesse público passou a se agigantar sobre os interesses individuais, “passou-se a conferir atribuição normativa

ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos” (DI PIETRO, 1991, p. 31), ao passo que o Poder Legislativo se ocuparia, na maioria das vezes, com a formulação de normas gerais, standards, para serem completados pelo Executivo; este deixou de ser apenas um executor de normas postas pelo Legislativo”. (DI PIETRO, 1991, p. 31).

Até mesmo o poder de polícia foi permeado pela ideia de que os exercícios dos direitos individuais deviam se limitar pelo interesse público.

A atividade administrativa se curvou ao peso legal, a ponto de se consolidar o ideal de que a Administração só poderia fazer o que a lei permitisse. Observa-se então uma vinculação positiva da Administração à lei. Portanto aquela ideia inicial do Estado de Polícia e também do Estado de Direito foi radicalmente invertida.

O que se viu foi um estreitamento da discricionariedade administrativa, sob a ótica *kelseniana*, “a própria discricionariedade tinha que ser explicada dentro do sistema jurídico, ou seja, como um poder emanado da norma legal”. (DI PIETRO, 1991, p. 37).

Historicamente, com a Constituição Alemã de 1949, surge uma nova concepção, do Estado Democrático de Direito. A busca agora seria por ampliação da participação popular até mesmo nas decisões do Executivo, e no controle deste. Um “processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção”, nos dizeres de José Afonso da Silva.

A Constituição Portuguesa de 1976 também trouxe a ideia de que a Administração estaria subordinada à Constituição e às leis, e sua atuação deveria se dar de forma imparcial.

Nessa mesma toada, a Constituição Brasileira de 1988, trouxe a figura do Estado Democrático de Direito, deixando em destaque o princípio da legalidade, em seu art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Administração Pública não estaria mais sob o jugo apenas das leis, mas também de todos os princípios insculpidos no texto constitucional.

O Direito Administrativo teria como fonte o arcabouço legal e, também os princípios gerais de direito, limitando-se ainda mais, o campo de livre apreciação outorgada ao administrador.

A doutrina atual, em linhas gerais conceitua discricionariedade como:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2014, p. 981).

A discricionariedade administrativa deveria se limitar apenas pela lei em sentido formal, mas por todos os demais princípios e interpretações decorrentes do texto constitucional.

A duplicidade que o Direito Administrativo agora tem de lidar é, de um lado, respeitar os direitos fundamentais, e de outro intervir na esfera privada para nivelar as desigualdades, sendo assim um reflexo das próprias expressões Estado de Direito e Estado Social, juntas. Cuidando do bem comum sem ferir os direitos do indivíduo.

As normas programáticas agora presentes no texto constitucional, devem ser concretizadas por meio de edições de leis, mas também por meio da atuação administrativa no mundo real.

Outro fator que passou a integrar a realidade administrativa com a promulgação da Constituição de 1988 foram os instrumentos de participação popular no controle da administração: direito à informação, ação popular, direito de denúncia do cidadão perante Tribunal de Contas, entre outros.

Atualmente, o que se experimenta com as crises financeiras e com a Reforma Administrativa, é um recrudescimento de princípios do liberalismo, com um aceite a intervenção estatal no domínio econômico e social.

Pode-se mencionar o princípio da subsidiariedade, onde o Estado se libera da prestação de certas atividades, diminuindo seu tamanho, entretanto sem abandonar o seu

poder de controle e regulação. Exemplo disso no Estado brasileiro foi a criação das Agências Reguladoras em compasso com experiências de privatizações.

A figura de uma Administração Pública Gerencial traz uma “ampliação da discricionariedade administrativa e outorga maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos dirigentes dos órgãos da Administração direta e entidades da Administração indireta”. (DI PIETRO, 1991, p. 54).

Entretanto, a Administração Pública passou se vincular não apenas à lei, mas também à Constituição, que, no caso da Constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo uma densa malha de princípios. Neste sentido, o controle judicial da Administração passou a ser pautado por tais princípios constitucionais.

Odete Medauar lança luz sobre duas percepções sobre o tema, uma tendente a um alcance limitado da sindicabilidade sobre os atos da Administração Pública, tendo como freio o ideal de separação de poderes; e outra, tendente a um controle judicial mais amplo e favorável ao escrutínio judicial sobre os atos administrativos, fundamentada também na separação de poderes, e fazendo então o Judiciário, o papel de contrapeso. (MEDAUAR, 2012, p. 73).

Após essa breve incursão na história da Administração Pública vale mencionar que o atual estágio do Direito Administrativo aponta para a valorização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

2 CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO NOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Partindo da visão geral da evolução do controle do ato administrativo no plano internacional, tem-se que este teve início no direito francês, especificamente no século XIX.

De uma análise e de uma eventual anulação de um ato administrativo que se restringia à avaliação de vícios de incompetência, a forma do ato passou a ser alvo de controle.

Posteriormente, o “desvio de poder”, ou seja, o distanciamento do fim traçado pelo legislador, também entrou no rol de análise dos tribunais, o que tirou da discricionariedade administrativa o caráter de “insindicabilidade” até então resguardado. Vale dizer que no direito francês a análise chega ao ponto de incidir sobre a adequação ou não da decisão administrativa em um caso concreto.

Passando ao cenário nacional, encontra-se algumas fases que podem ser destacadas nessa caminhada do controle da atividade administrativa. Vejamos brevemente.

Há época do Brasil-Colônia, qualquer apreciação judicial estava abaixo dos poderes do rei, e ele, apenas ele definia quais eram os interesses públicos e se as decisões estavam compatíveis com estes. Nas palavras de Barreiros Soares, “nessa época, encontram-se todos os poderes concentrados no monarca, a magistratura revela-se submissa às decisões do governo”. (SOARES, 2009, p. 95).

Já no período imperial, havia a figura do Conselho de Estado, em uma sutil analogia ao modelo francês, onde tal órgão cuidava especificamente do contencioso administrativo.

Passando à República e a sua Constituição de 1891, o ideal de contencioso foi extinto, passando a ser competência dos Tribunais Federais a apreciação de causas onde o Estado figurasse como parte, ou seja, as causas em que a Administração Pública fosse questionada.

Tal configuração veio sendo replicada em todas as Constituições brasileiras que se sucederam. A Constituição de 1988, por sua vez, cuidou de forma ainda mais detalhada os nuances da Administração Pública, nos seguintes termos:

Nesse sentido, a Constituição de 1988 passa a trazer em seu bojo, de forma detalhada, princípios e regras sobre a Administração pública, elevando-os à condição de garantia dos administrados. Trata-se de nova fase para o Direito administrativo brasileiro. (CORREIA, 2012, p. 1312).

O tema do controle da discricionariedade toma contornos de extrema relevância, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que ela trata de princípios podendo-se tomar como valiosas as palavras de Luis Henrique

Madalena no sentido de que “ao fim e ao cabo, se não for possível controlar a discricionariedade administrativa, não se poderá controlar a atividade estatal, fazendo com que todas as mudanças previstas em nossa Constituição acabem por verdadeiramente perder normatividade”.

Por sua vez, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal adota o sistema da inafastabilidade da jurisdição ao proibir que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, ainda naqueles casos em que o autor da ameaça ou lesão seja a própria Administração Pública.

Sobre o princípio da universalidade da jurisdição, “o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente um dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira”. (MELLO, 2014, p. 967).

Neste cenário, cabe mencionar as palavras de Di Pietro:

A discricionariedade constitui a chave do equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais”, reforçando a ideia de que os direitos individuais devem ser entendidos como um balizador legítimo para as decisões do Poder Executivo, tendo como um de seus desdobramentos o controle jurisdicional dos atos administrativos. (DI PIETRO, 1991, p. 14).

Há, portanto, vinculação da Administração Pública com os direitos fundamentais constitucionalmente prescritos. Neste sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 147).

A discricionariedade se justifica na medida em que “em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis”. (MELLO, 2014, p. 970).

A competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos e os conceitos jurídicos indeterminados, tudo isso pode ser definido como limites, frutos de uma construção histórica, à discricionariedade administrativa. (DI PIETRO, 1991, p. 134).

A atualidade nos mostra que:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa. (BARROSO, 2018, p. 420).

Entretanto, nesta tarefa de controle jurisdicional, o princípio da razoabilidade deve orientar a atuação do Poder Judiciário quando este passa ao exame de atos discricionários, assim como “a valoração subjetiva, realizada pela Administração Pública ao praticar ato discricionário necessita ser feita dentro do razoável, ou seja, em conformidade com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável e adequado perante a lei”. (DI PIETRO, 1991, p. 230).

Imperioso, neste ponto, destacar a relevância e lançar rápido olhar sobre três teorias de controle de discricionariedade administrativa que atualmente se fazem presentes tanto na produção doutrinária quanto na jurisprudência brasileira: a teoria do desvio de poder; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a teoria dos motivos determinantes.

A teoria do desvio de poder teve sua gênese no Conselho de Estado francês e se fundamenta na aceitação do reconhecimento da invalidade de um ato administrativo que tenha sido praticado com finalidade diversa da proposta pelo legislador.

Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica. (MELLO, 2014 p. 57).

Por sua vez, **conceitos jurídicos indeterminados** designa “vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontradas com grande frequência nas regras jurídicas dos vários ramos do direito”. (DI PIETRO, 1991, p. 90).

Tais conceitos jurídicos indeterminados estão intrinsecamente relacionados ao tema da discricionariedade administrativa, visto que sua interpretação pode ser dada pelo agente público em sua atividade gerencial, a exemplo do interesse público, e neste sentido, a doutrina pátria vem admitindo tal margem de discricionariedade ao Poder executivo, em tais circunstâncias.

Vale mencionar as palavras de Luis Roberto Barroso no sentido de que “normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins”. (BARROSO, 2018, p. 460).

Neste contexto, cabe a menção feita por Di Pietro sobre o entendimento de Regina Helena Costa no sentido de que “para a autora, a interpretação não será suficiente, em muitos casos, para afastar a indeterminação do conceito e a Administração Pública, como primeira aplicadora deste, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia o princípio da razoabilidade”. (DI PIETRO, 1991, p. 118).

Finalmente, quanto à **teoria dos motivos determinantes**, tem-se que, nas palavras de Odete Medauar “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato, associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente” (MEDAUAR, 2012, p. 168), de tal forma que “mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados”. (MEIRELLES, 2012, p. 214).

Apresentadas três das relevantes teorias de controle de discricionariedade administrativa vale ainda mencionar visões doutrinárias sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que atualmente se mostram em destaque, demonstrando assim que a própria doutrina se encontra dividida, de certa maneira, no tocante a este tema.

Em que pese a maioria da doutrina pátria confirme a importância do princípio da supremacia do interesse público como alicerce do Direito Público, a exemplo de José Dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há correntes que o refutam.

Daniel Sarmento e Gustavo Binzenbojm são exemplos de doutrinadores que se posicionam no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público é contrário em muitas vezes ao direito fundamental do administrado e representaria um “trunfo nas mãos das autoridades públicas que pretendam ferir direitos fundamentais em nome da gestão da coisa pública”. (SARMENTO, 2010, p. 5).

Nesse sentido, Binzenbojm preceitua que tal princípio é inclusive incompatível com a ideia de direitos fundamentais atualmente consolidada:

Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, são patentes sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais. (BINZENBOJM, 2005, p. 55).

Binzenbojm inclusive chama a atenção para a superação de categorias jurídicas como a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da administração por meio da constitucionalização do direito administrativo.

O referido autor preceitua:

A discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolver em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. (BINZENBOJM, 2005, p. 33).

3 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO STF - CASOS DE OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS - ANÁLISE DE 3 JULGADOS PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

A doutrina brasileira, em sua maioria, se junta a Celso Antônio Bandeira de Mello no reconhecimento de que “o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato”. (MELLO, 2012, p. 985).

Nas palavras de Ferreira Leite, “o Judiciário é o único órgão competente para controlar a ação administrativa em todos seus aspectos e em caráter definitivo, verificando a conformidade dos atos administrativos com o ordenamento jurídico positivo”. (LEITE, 1981, p. 73).

Partindo dessa ideia de controle judicial dos atos administrativos, cabe um olhar acurado para aqueles casos em que o administrador deixou de praticar tais atos administrativos, a exemplo da ausência de implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Luís Roberto Barroso em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”:

A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores” e mais a frente preleciona que “tal circunstância, todavia, não impediu que juízes e tribunais, na maioria das situações, dessem máxima efetividade às normas constitucionais, na extensão possível e permitida pela densidade normativa de seus textos. (BARROSO, 2018, p. 261).

O artigo 103, § 2º, da Constituição Federal cuida da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, que objetiva tornar efetiva normas constitucionais, “a própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1298).

O § 2º do referido artigo assim informa:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, “cumpre indagar se a omissão na prática de atos administrativos propriamente ditos – de índole não normativa – poderia ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (CANOTILHO et al., 2013, p. 1421) e a tal questionamento, os referidos autores sugerem uma resposta afirmativa, considerando a exegese literal do art. 103, § 2º, visto que ali é diretamente mencionado “órgãos administrativos”.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderá ter por objeto “a organização de determinado serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa”. (CANOTILHO et al., 2013, p. 1421).

Sendo assim, é de grande valia um olhar sobre a atuação de nossa Suprema Corte, em relação às omissões do Poder Executivo frente aos direitos individuais, especialmente aqueles constitucionalmente resguardados.

O recorte, portanto, será um olhar sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários após a Constituição de 1988, especificamente sobre aqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal que serão objeto de análise foram selecionados após consulta ao sítio eletrônico daquele Tribunal, e análise sucinta de suas ementas.

Inicialmente, foi realizada busca contendo as expressões “mérito administrativo”, “discricionariade administrativa” e “implementação de políticas públicas”, o que resultou num achado de mais 210 acórdãos, distribuídos no período de 1988 a 2019.

Dos 15 acórdãos encontrados com a busca pela expressão “mérito administrativo” 5 deles trouxeram textualmente o entendimento de que exame de legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes, ou seja, não haveria invasão do Poder Judiciário no mérito administrativo do ato.

Como exemplos das decisões pesquisadas tem-se o ARE 866620 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO; o RMS 31515 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL e o MS 31323 / DF - DISTRITO FEDERAL.

Em relação aos 17 achados correspondentes à expressão “discrecionariade administrativa”, tem-se que 6 deles apontam para o importante papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas previstas na Constituição e não efetivadas pelo Poder Público.

Tais acórdãos reforçam o entendimento da relevância da atividade de fiscalização judicial, justificada pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais tais como proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial e vedação da proteção insuficiente.

São exemplos a serem mencionados o RE 1101106 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; o RE 1076911 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; RE 581352 AgR / AM - AMAZONAS e o RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO.

Finalmente, em relação aos 182 achados referentes à expressão “implementação de políticas públicas”, tem-se que 9 deles trataram especificamente do tema da discrecionariade administrativa reafirmando que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais sem que seja caracterizada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Cita-se como exemplos o ARE 908144 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; o ARE 964542 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO e o RE 464143 AgR / SP - SÃO PAULO.

Destes mais de 210 acórdãos, após análise de seus conteúdos e de suas ementas, foram selecionadas 3 decisões, sendo que o principal critério para escolha foi fundamentado, principalmente, na semelhança dos temas tratados, do objeto posto em discussão, a fim de fosse possível constatar se em temas ou objetos semelhantes/similares houve alguma predominância de entendimento no sentido de autorizar análise pelo Poder Judiciário, sem que isso se configurasse interferência entre os Poderes, quando se estava em foco a discrecionariade administrativa, no sentido tratado por Juarez Freitas, especialmente no que tange ao princípio da proporcionalidade:

Claro, a evolução do princípio da proporcionalidade está apenas esboçada, a requerer vitalização pelos controladores. O que falta? Falta sobretudo, introjetar a proibição de inoperância ou omissão sob a pressão e a insegurança derivadas do déficit prestacional em sede de direitos fundamentais. A aplicação do princípio, nesse ângulo,

pressupõe, sem tardar, o foco prioritário no combate às omissões. (FREITAS, 2007, p. 67).

Neste ponto, é importante notar que a escolha dos julgados propicia uma análise que se desloca mais para um enfoque nos limites da discricionariedade da Administração para dar execução à dimensão objetiva dos direitos fundamentais do que à sua dimensão subjetiva, nas palavras de Daniel Wunder Hachem:

O foco, quando se trata desse assunto, consiste nos deveres que incumbem à Administração, independente de qualquer provocação subjetiva de: (i) criar as condições necessárias para que os direitos fundamentais possam ser fruídos de maneira integral e universalizada, removendo os obstáculos que impeçam o seu exercício real e efetivo (deveres autônomos de proteção); (ii) interpretar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional à luz do conteúdo valorativo inerente a esses direitos (eficácia irradiante); (iii) proteger os titulares dos direitos fundamentais contra si mesmos (valor comunitário). (HACHEM, 2016, p. 319).

Passa-se a análise dos julgados selecionados.

3.1 ARE 639337/ SP - SÃO PAULO

A inclusão desta decisão justifica-se pela argumentação de que não se trataria de transgressão ao postulado da Separação de Poderes a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas.

A relevância do objeto específico deste julgado se apresenta ao se considerar que “o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 686).

A doutrina pátria aponta para a tendência de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, que o não oferecimento de ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importará responsabilidade da autoridade competente”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 687).

Esta é uma ocasião em que o Supremo Tribunal Federal claramente foi instado a se manifestar sobre os limites da sindicabilidade dos atos administrativos, da interferência do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas.

Se tratou de contenda entre o Município de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo, onde se discutiu a disponibilidade de atendimento das crianças em creche e na pré-escola.

Houve interposição de recurso de agravo contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento a recurso extraordinário pela recorrente. A parte agravante se pronunciou no sentido do entendimento de que o acórdão ora impugnado se apresentava em desacordo com o texto constitucional.

Logo no início de sua exposição, o relator Ministro Celso de Mello destaca que a educação infantil “por se qualificar como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.

O relator ainda afirma que, sendo a educação um dos direitos sociais mais expressivos, cuja satisfação se apresenta como dever de prestação positiva por parte do Estado, haveria de se proporcionar pleno acesso dos cidadãos ao sistema educacional.

O voto traz ainda menção a outras ocasiões que nosso Supremo tribunal Federal se manifestou sobre a questão, a exemplo do RTJ 175/1212-1213, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão. (STF – 2ª Turma - RTJ 175/1212-1213 - Relator: Celso de Mello – Publicação: 29/10/2013).

Nesta toada, o mandato constitucional do art. 208, IV, representaria claro fator de limitação da discricionariedade dos municípios, no tocante à educação infantil.

O relator então manifesta afeição à ideia de que o Poder Judiciário poderia determinar implementação de políticas públicas naqueles casos de omissão estatal.

O acórdão se estrutura a fim de confirmar a possibilidade do Poder Judiciário, determine tais implementações, principalmente naqueles casos em que tais políticas estejam traçadas na própria Carta Constitucional e que “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”

O voto indica que o descumprimento de política pública definida pela Constituição Federal legitimaria, portanto, uma eventual intervenção jurisdicional. E, nesses casos, o Poder Judiciário estaria cumprindo sua missão institucional, nas palavras do relator:

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. (STF – 2ª Turma - ARE 639.337/SP – Relator: Celso de Mello – Publicação: 15/09/2011).

Da decisão extrai-se o entendimento de que existe clara vinculação do administrador público à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, afastando a sua discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência em tais situações.

Sendo, portanto, legítima a incursão do Poder Judiciário na determinação de implementação de políticas públicas sempre que o Poder Executivo ou Poder Legislativo frustrasse ou comprometa a eficácia de direitos sociais, como no caso então analisado.

Mantendo tal linha de fundamentação decidiu-se por impor ao Município de São Paulo, o dever de viabilizar a matrícula das crianças em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de multa diária por criança não atendida.

Esse entendimento já foi reiterado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, “a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público

de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) Também firmou entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional”. (STF - 1ª Turma - RE 554.075 - Relatora: Cármen Lúcia – DJe: 21/08/2009).

3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS e AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

Esta decisão, por sua vez, trata do dever estatal de assistência materno-infantil através da ampliação e melhoria no atendimento de gestantes, espectro decorrente do art. 197 da Constituição Federal.

O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas prescreveu que não caberia ao Ministério Público, nem ao Poder Judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deveria prioritariamente atender, sob pena de se incorrer em violação do princípio da separação dos Poderes.

Na sequência o Ministério Público do Amazonas recorreu sob o argumento de que tal decisão iria de encontro com os artigos 129, inciso II, 196, 197 e 227 da Constituição Federal.

Analisando o caso e, partindo do caráter de essencialidade do direito à saúde, o relator Ministro Celso de Mello, acata os argumentos apresentados pelo Ministério Público, apontando para a legitimidade da “atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.”

Sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado adoção de políticas públicas sem que isso fira o princípio da Separação dos Poderes o relator afirma ser cabível, na medida em que estará se assegurando concretamente à coletividade o

acesso ao direito afetado pela omissão estatal, fazendo prevalecer a primazia da Constituição.

A dimensão política da jurisdição constitucional também foi mencionada no decorrer da peça.

Cabe aqui a literal transcrição do entendimento do relator sobre a discricionariedade administrativa no referido caso, “Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa”.

Um direito de prestação positiva como a proteção à saúde, com amparo constitucional, não deve permitir amplo espaço discricionário para atuação do Executivo, e sim ser plenamente garantido. Com fundamento em tal raciocínio o relator aceita o pedido recursal do Ministério Público.

Foi ainda reafirmada a atuação de nossa Suprema Corte nesse sentido, conforme reproduzido a seguir:

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. (STF – 2ª Turma - RE 581.352 AgR/AM – Relator: Celso de Mello – Publicação: 29/10/2013).

Na sequência foi interposto Agravo Regimental, que por sua vez foi negado, por unanimidade, pela Segunda Turma, seguindo a argumentação do relator Celso de Mello no seguinte sentido:

O Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (STF – 2ª Turma - RE 581.352 AgR/AM – Relator: Celso de Mello – Publicação: 29/10/2013).

O voto, de relatoria do Ministro Celso de Mello, fez menção ao fato de que “não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas”. (ANDRADE, 1987, p. 207).

Entretanto, existindo o dever estatal de efetivar direito fundamental insculpido na Constituição, haverá limite e conseqüentemente, sindicabilidade, à discricionariedade administrativa.

Tais afirmativas, assim como a conclusão do Voto, estão na linha do externado por Juarez Freitas em sua obra “Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração”.

Sendo assim, a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público foi julgada procedente.

Pode-se perceber que a atuação do STF neste caso específico denota seu atual entendimento, de que sua atuação não esbarra no postulado da Separação de Poderes, mas ao contrário, o reforça, na medida em que direciona a atuação do Poder Executivo para a consecução de tarefas constitucionalmente para ele prescritas.

3.3 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1139140/PR

Trata-se de Ação Civil Pública que cuidou da concessão de vagas em unidades especializadas para internamento de menores infratores, que contou com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no sentido de que não se assegurasse a referida concessão, visto que, não se tratando de excepcionalidade que autorizaria intromissão do judiciário nas políticas públicas, haveria potencial ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

O Ministério Público do Estado do Paraná recorreu da decisão daquele Tribunal de Justiça.

Na decisão de tal Recurso Extraordinário, o seu relator, Ministro Celso de Mello, inicia sua exposição chamando os olhares à questão central a ser enfrentada: a verificação da possibilidade do Judiciário “determinar a adoção, pelo Estado, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente

estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídicos-constitucionais”.

A partir daí o relator formulou o entendimento de que, tomando por certa sua dimensão política, a Suprema Corte deve trabalhar no sentido de tornar efetivos os direitos sociais constitucionalmente insculpidos, sob pena de comprometimento da integridade da própria Constituição Federal. Tal atuação se justificaria inclusive em consideração ao papel jurídico daquele órgão.

Sendo assim, excepcionalmente poder-se-ia atribuir ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.

O relator joga luz ao fato de que o Estado não poderia se valer da cláusula da “reserva do possível”, nem de qualquer outro artifício para se eximir do cumprimento de obrigações constitucionais, tal como a do caso em tela, que trata da proteção à criança e ao adolescente, da norma inscrita no art. 227, parágrafo 3, V, da Constituição Federal, e nessa toada deu provimento ao recurso extraordinário em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal veio abordando o tema do controle da discricionariedade administrativa de forma constante, aplicando em seus precedentes além do entendimento de vinculação do administrador público aos princípios constitucionais, também as teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes e dos conceitos jurídicos indeterminados.

E mais que isso, pode se observar, de uma análise jurisprudencial superficial como a realizada por meio deste artigo, que a Suprema Corte brasileira vem firmando entendimento de que é possível e juridicamente aceitável a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, campo de análise do presente estudo.

Da análise das ementas de todos os julgados coletados, e da análise detalhada dos três julgados selecionados, pode-se concluir que o atual estágio de entendimento de nosso Supremo Tribunal Federal se reflete em decisões no seguinte sentido:

A Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal. (STF – 2ª Turma - ARE 639.337/SP – Relator: Celso de Mello – Publicação: 15/09/2011).

Ademais, tal discricionariedade administrativa, em sede de concretização de políticas públicas constitucionais, já se apresentaria por si só limitada.

Em linha com as decisões analisadas Gustavo Binênbojm preceitua que “não há espaço decisório da Administração que seja externa ao direito, nem tampouco nenhuma margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais”. (BINENBOJM, 2008, p. 39).

A identificação de algum padrão nos pronunciamentos do STF quanto ao tema indica que o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa, entendendo possível e juridicamente aceitável sua intervenção em casos de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, se que isso caracterize violação ao princípio da separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira De. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./abr/mai. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. Presidência da República, Casa Civil, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1139140/PR**. Recurso Extraordinário – Ação Civil Pública para Defesa de Direitos Relativos à Infância e à Adolescência – Obrigação Jurídico-Constitucional que impõe aos estados o dever de observância dos direitos constitucionais da criança e do adolescente (CF, Art. 227, “Caput”, E § 3º, V) – Transferência de menores infratores, de unidade policial para estabelecimento apropriado ao cumprimento de medidas sócio-educativas de internação ou semiliberdade – implementação de políticas públicas – Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – inocorrência – decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no supremo tribunal federal – consequente inviabilidade do recurso que a impugna – sucumbência recursal – majoração da verba honorária – Precedente (Pleno) – Necessária observância dos limites estabelecidos no Art. 85, §§ 2º e 3º do Cpc – Agravo Interno Improvido. Relator: Celso de Mello. Paraná, 12 de abril de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749699185>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP**. Criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - Legitimidade jurídica da utilização das “Astreintes” contra o Poder Público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - Educação Infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, Iv, na redação dada pela EC Nº 53/2006) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, Notadamente ao município (CF, Art. 211, § 2º) - Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - Questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “Jura Novit Curia” - Invocação em sede de apelo extremo - Impossibilidade - Recurso de agravo improvido. Políticas Públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: Possibilidade Constitucional. Relator: Celso de Mello. São Paulo, 12

de abril de 2019. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=627428>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352/AM**. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – Obrigação Jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos estados-membros – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (Rtj 185/794-796) – A questão da reserva do possível: Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, Arts. 196, 197 E 227) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: Atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Possibilidade jurídico-processual de utilização das “Astreintes” (CPC, Art. 461, § 5º) Como meio coercitivo indireto – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – Legitimação ativa do Ministério Público (CF, Art. 129, Iii) – A função institucional do Ministério Público como “defensor do povo” (CF, Art. 129, Ii) – Doutrina – Precedentes – Recurso de agravo improvido. Relator: Celso de Mello, Amazonas, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, Fabíola Samara Brito. Interesses Públicos Versus Interesses Privados – Divergências Na Doutrina Brasileira. **RIDB**, v. 1, n. 3, p. 1295-1337. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A discrecionalidade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discrecionalidade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: RT, 1981.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros: 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA JR., Jessé Torres Pereira, **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Evolução do controle da atividade administrativa pelos tribunais. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 184, p. 93-103, out./dez. 2009.

JUSTIÇA GRATUITA E A REFORMA TRABALHISTA:

RESTRIÇÕES À GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Patrícia Rita Correia¹

Resumo: O presente trabalho aborda as modificações inseridas na CLT pela Lei nº 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista”, no que se refere à cobrança de custas e honorários ao beneficiário da justiça gratuita como forma de restrição ao direito fundamental de acesso à justiça. Discorre-se conceitualmente acerca dos direitos sociais e garantias fundamentais do acesso à justiça e a sua estreita relação com o instituto da gratuidade de Justiça como instrumento viabilizador do direito de ação. Trata-se ainda das alterações trazidas pela Reforma e os efeitos resultantes da aplicação dos novos dispositivos da CLT: (art. 790-B, caput e § 4º; art. 791-A, § 4º e art. 844, § 4º), no âmbito da Justiça do Trabalho, assim como as críticas, votos e argumentos relativos ao tema, no pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado na ADI 5.766/DF, de autoria da Procuradoria-Geral da República. Objetivou-se ainda demonstrar que a restrição ao acesso à justiça aos hipossuficientes representa uma forma de exclusão social. Para tanto, utilizou-se essencialmente do método de pesquisa bibliográfica e artigos correlatos como fontes principais de apreensão dos conceitos, de elementos jurídicos, além de pesquisas a endereços eletrônicos de conteúdo jurídico, hábeis a fornecer suporte ao desenvolvimento do tema, tendo como objetivos específicos discutir os limites do direito de ação e do acesso à justiça trabalhista a partir das atuais exigências para concessão da gratuidade de justiça, que representa um verdadeiro obstáculo ao exercício dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Justiça Gratuita – Acesso à Justiça – Reforma Trabalhista – Direitos Sociais.

Abstract: The present study deals with the changes that are inserted by the Law 13.467/2017, the “Labor Reform” on the CLT in that respect the collection of the fees and expenses that the beneficiary of legal aid as a form of restriction on the fundamental right of access to the justice system. Discusses the concept about protection of social rights and the fundamental guarantees of access to justice, and his close relationship with the institute, free of charge-of-Justice as a tool facilitator of the right-of-action. It is another of the changes brought about by the Reformation, and the impact of the implementation of the new provisions of the CLT: (art. 790-B, the caption and paragraph 4; art. 791 A, paragraph 4, and art. 844, § 4), in the context of the Labor courts, as well as reviews, votes, and arguments on the subject, at the request of declaration of unconstitutionality laid down in the ADI 5.766/DF, as proposed by PGR. The objective was to demonstrate that the restriction on the access to justice for that you do not have

¹ Servidora Pública Federal da Justiça do Trabalho da 10ª Região, Bacharel em Direito, especializando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, e-mail: patricia_rcorreia@hotmail.com.

sufficient financial resources represents a form of social exclusion. To this end, we used essentially the method from the research literature and articles related to as the major sources of understanding of the concepts of the elements of the law, in addition to the research of the e-mail addresses of legal, able to provide support to the development of the theme, having as specific objectives to discuss in the limits of the right of action and access to justice, labor law, from the current requirements for the granting of the gratuity of righteousness, that is, it is a real barrier to the exercise of the social rights guaranteed by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Justice Free – Access to Justice – Labor Reform – Social Rights.

INTRODUÇÃO

A “Reforma Trabalhista”, Lei nº 13.467/2017, de 11 de novembro de 2017, ao inserir alterações na Consolidação das Leis do Trabalho relativas à concessão do benefício da gratuidade de justiça aos hipossuficientes, restringiu o direito fundamental de acesso à justiça?

No presente trabalho se pretende discutir a importância do acesso à justiça dentre os direitos sociais de maior relevância jurídica, a partir da sua ampla definição e relação com os demais direitos fundamentais e como a imposição de condições à gratuidade de justiça pela “reforma trabalhista” prejudicou o seu efetivo exercício.

Propõe-se ainda uma análise acerca dos argumentos e dos propósitos que embasaram a Reforma Trabalhista, como a redução das demandas infundadas, ajuizadas perante o Poder Judiciário Trabalhista e a cobrança de custas judiciais e de honorários, como forma de inibir a litigiosidade excessiva. A partir desta análise, questionam-se os reais motivos das alterações de temas específicos e pontuais no texto da CLT, expondo os argumentos contrários.

De forma expositiva e crítica, tratar-se-á da inconstitucionalidade suscitada na ADI 5.766/DF, pela inconsistência dos artigos 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 4º da CLT modificados ou inseridos pela reforma trabalhista, sob a alegação de violação aos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, comparando-se os votos favorável e contrário, suscitando o debate mais aprofundado acerca do tema.

Desse modo, o presente trabalho conduz a uma reflexão sobre os impactos provocados pela “reforma trabalhista” no que se refere ao acesso à justiça, como por exemplo, o afastamento do jurisdicionado menos favorecido economicamente pelo temor de arcar com os custos advindos do processo, bem como suscita o questionamento dos reais interesses almejados com a sua aprovação e seus desafios no âmbito jurídico, econômico e social, além de discorrer sobre a gratuidade de justiça, dentre outros mecanismos e instrumentos viabilizadores do acesso à justiça como forma de inclusão social.

1. DIREITOS SOCIAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE ACESSO À JUSTIÇA

Dispostos no texto da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais representam os valores sociais do Estado Democrático de Direito e visam amparar o cidadão, assegurando-lhe o mínimo para sua subsistência com dignidade.

Os direitos sociais são classificados como atuações positivas por parte do Estado e representam direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, dependem de ações e políticas públicas para se efetivarem.

De acordo com as palavras de José Afonso da Silva, os direitos sociais “são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade.”²

Com os avanços históricos do constitucionalismo e a crescente busca por uma sociedade justa e igualitária, os direitos sociais tiveram papel fundamental na concretização destes interesses.

Entretanto, são necessárias normas legais específicas, a partir da atuação do Estado, para que estes direitos tutelados sejam aplicados e seus efeitos alcancem a sociedade como um todo, sem distinção.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 258.

Para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira os direitos fundamentais fazem parte integrante do conjunto da ordem constitucional. “Constitucionalmente, os direitos fundamentais têm uma função democrática; por sua vez, o Estado de direito democrático pressupõe e garante os direitos fundamentais.”³

Sobre a amplitude do conceito dos Direitos Sociais, direitos e garantias fundamentais, convém mencionar Roberto Mendes Mandelli Júnior⁴:

Os direitos e garantias fundamentais, no decorrer da história, romperam suas características iniciais de limites ao poder político do Estado, para também serem compreendidos entre as prestações positivas do Estado, estabelecendo condições mínimas de vida para [sic] desenvolvimento da justiça social, bem como abranger interesses difusos e coletivos. (...). Embora, [sic] diferenciam-se dos chamados “direitos individuais”, não deixam de derivar direitos reflexos para o indivíduo. Desta forma os ditos “direitos sociais” disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto.

Portanto, os direitos sociais assemelham-se aos direitos individuais quanto à sua dimensão subjetiva, pois antes de serem direitos de um grupo de pessoas são direitos, também, individuais destas pessoas, inerentes ao espaço existencial do cidadão.

O acesso à justiça possui um significado amplo, no entanto, o tema aqui tratado não se limita à possibilidade de ingresso ao Poder Judiciário por meio do ajuizamento de ação judicial para obtenção da tutela jurisdicional que incumbe ao Estado, em um conflito estabelecido cujo direito se vê lesionado ou ameaçado de lesão.

José Afonso da Silva faz essa abordagem conceitual do artigo 5º, XXXV, da CF/1988 e explica que “o acesso à Justiça não se resume na mera faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, desse mesmo dispositivo emana o princípio da proteção judiciário, mais rico de conteúdo valorativo, porque constitui a principal garantia dos direitos subjetivos.”⁵

Em outras palavras, o acesso à justiça representa muito mais que a possibilidade de demandar em Juízo, um direito lesado ou na iminência de uma lesão, sob a proteção do Estado e dos Princípios Constitucionais da legalidade e da ampla defesa,

³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora. 1991, p. 99.

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; SEGALLA, José Roberto Martins. *et al.* **15 Anos da Constituição Federal em busca da efetividade**. Edite, 2003, pp. 530 e 532.

⁵ SILVA, José Afonso da. R. Direito Administrativo. **Acesso à Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, abr./jun., 1999, p. 12.

representa em sua essência o direito subjetivo, fundado em valores sociais de igualdade e justiça.

Trazendo uma definição acerca do acesso à justiça, o autor Marcos Vinícius Furtado Coêlho enfatiza-o como garantia constitucional nuclear, compreendido como direito à efetiva prestação jurisdicional.

Para o referido autor, “Equilibrar as exigências de celeridade e ampla defesa diz respeito à garantia de acesso ao processo justo. A rapidez milita em favor da pacificação o quanto antes. A ampla defesa, segurança jurídica e qualidade nos julgamentos.”⁶ [sic]

Neste sentido, o efetivo direito de acesso à justiça e a concessão de gratuidade de justiça são meios de reivindicação do direito de ação e, intrinsecamente associados, representam o direito de igualdade, a tutela pelas instituições jurídicas, a segurança das decisões e a justiça social, ideais da sociedade contemporânea.

Nas palavras de Keila Rodrigues Batista, para quem o acesso à justiça também é um direito autônomo, distinto do direito material afirmado pelo Estado perante o Judiciário, o acesso à Justiça é um direito de ação e de jurisdição. “É direito de fundo constitucional e abstrato, pois, pelo direito de ação, pode veicular qualquer direito.”⁷

O acesso à justiça, presente no rol dos direitos e garantias sociais constitucionais, também sob a tutela do princípio da inafastabilidade de jurisdição, historicamente não possuía a mesma importância nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, quando era apenas um direito formal do indivíduo, sem atuação do Estado, que passivo, intervinha apenas para preservá-los da violação por outros indivíduos, mas não oferecia meios para reconhecimento e defesa adequada destes direitos, segundo explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sendo oportuno mencionar também, para melhor compreensão do presente⁸:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do

⁶ COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 60.

⁷ BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça Instrumentos Viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 26.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 9.

laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Assim, a partir do progresso da sociedade e a crescente importância atribuída aos direitos humanos e à igualdade, os direitos sociais deixaram seu caráter predominantemente individual e assumiram carga valorativa de alcance coletivo, reconhecidos de fato, a partir da assunção pelo Estado, que passa a dispor de mecanismos para viabilizá-los, por meio de suas instituições.

Sendo assim, o direito fundamental de acesso à justiça dispõe de amparo constitucional de substancial importância jurídica e social, como enunciam Mauro Cappeletti e Bryant Garth⁹: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

Normas internacionais também conferem guarida ao direito de acesso à justiça, como se expressa o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos.¹⁰

Tratando-se da relação entre direitos sociais e acesso à justiça, Cristiano Paixão, ao fazer menção a Paulo Bonavides, ressalta a relevância da garantia prevista na Constituição às instituições, imprescindível para a sociedade, assim como dos direitos fundamentais que possuam um componente institucional em sua essência.

Para o referido autor, no constitucionalismo contemporâneo é possível estabelecer um estreito vínculo entre a proteção de direitos fundamentais e a existência de garantias institucionais. E acrescenta que o papel de destaque atribuído aos direitos sociais pelo constituinte originário não foi ao acaso, pois “trata-se de desdobramento histórico das lutas por democracia e inclusão (...).”¹¹

⁹ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 12.

¹⁰ Art. 8º. “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.” Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 12 jul. 2019.

¹¹ PAIXÃO, Cristiano. **Acesso à justiça como garantia institucional: mais uma inconstitucionalidade da “reforma trabalhista”**. In: CONSTITUCIONALISMO, TRABALHO, SEGURIDADE SOCIAL E AS

Sob um enfoque constitucional, convém ainda citá-lo, sobre o tema em discussão¹²:

Não é demasiado, portanto, relembrar a essencialidade e a centralidade do acesso à justiça como direito fundamental, ou seja, como elemento estruturante à consecução de direitos previstos na Constituição da República. Quando se trata de direitos sociais, é claro que esse acesso à justiça se corporifica na existência de uma Justiça Especializada, ou seja, a Justiça do Trabalho, cujas origens se confundem com os primórdios do direito do trabalho no Brasil e que encontra previsão constitucional desde 1934, como já observado.

No entanto, o que se observa da realidade é que os direitos sociais, conquistados a partir do grande enfrentamento pelas minorias, vêm perdendo força em detrimento dos interesses do Estado e pelo predomínio do capitalismo, inclusive nas relações de trabalho, tendo as “reformas” como principal instrumento de reorganização do ordenamento jurídico.

Assim, sob a ótica dos direitos sociais e na atual concepção, o acesso à justiça tem percorrido caminhos distintos de sua base constitucional consolidada, considerando o fato de que a “reforma trabalhista” de 2017, no Brasil, privilegiou a alteração de dispositivos celetistas de modo esparso, atacando pontos que não representam os interesses dos trabalhadores, argumentação que se extrai do documento denominado “Dossiê Reforma Trabalhista.”¹³

Além de restringir direitos dos empregados, a “reforma trabalhista” enfraqueceu a força sindical da classe trabalhadora¹⁴ e, quanto à gratuidade de justiça

REFORMAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. Coordenadores: Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. São Paulo: LTr, 2017, Capítulo I, p. 465-466.

¹² PAIXÃO, Cristiano. **Acesso à justiça como garantia institucional: mais uma inconstitucionalidade da “reforma trabalhista”**. In: CONSTITUCIONALISMO, TRABALHO, SEGURIDADE SOCIAL E AS REFORMAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. Coordenadores: Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. São Paulo: LTr, 2017, Capítulo I, p. 463.

¹³ “Dossiê Reforma Trabalhista” é um documento elaborado pelo Centro de Estudos Sindicais (CESIT), vinculado ao Instituto de Economia da Unicamp, que tem como objetivo contribuir para o debate sobre a “reforma trabalhista” no Brasil, discutindo os argumentos e as justificativas utilizados para defendê-la. Disponível em <https://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>. Acesso em 18 jul. 2019.

¹⁴ Segundo consta no item 3, p. 69 do “Dossiê Reforma Trabalhista”, documento elaborado pelo Centro de Estudos Sindicais (CESIT), vinculado ao Instituto de Economia da Unicamp, (...), a “reforma trabalhista” provocou a fragilização dos sindicatos, porque fragmentou a classe trabalhadora, esvaziou o papel do sindicato na negociação coletiva e na homologação das rescisões contratuais, e criou dificuldades para seu financiamento. Disponível em <https://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>. Acesso em 18 jul. 2019. Outro exemplo da restrição a direitos dos trabalhadores a partir do enfraquecimento da força sindical pode ser observado no Artigo **O futuro do Sindicalismo no Brasil após a reforma trabalhista**, escrito por Jorge Gonzaga Matsumoto e Raissa Tokunaga, publicado em 21 de março de 2019, na Revista

impõe condições procedimentais que obstaculizam e afastam o exercício do direito de ação pelos menos favorecidos economicamente.

Importante questionar, portanto, a existência de violação ao direito de ação pela “reforma trabalhista”, partindo-se da premissa de que a gratuidade de justiça, como instrumento legítimo que torna viável o acesso à justiça aos hipossuficientes, embora não revogada pela Lei nº 1.060/1950, foi mitigada pela Lei nº 13.467/2017.

Nos tópicos seguintes será realizada uma breve abordagem sobre as reformas normativas, as ideias e perspectivas sobre a “reforma trabalhista” e as modificações relativas à gratuidade de justiça.

2. A REFORMA TRABALHISTA - LEI Nº 13.467/2017: A GRATUIDADE DE JUSTIÇA

As reformas realizadas no ordenamento jurídico brasileiro representam instrumentos de adequação das normas aos avanços que inevitavelmente ocorrem na sociedade ao longo dos anos, impulsionadas pela necessidade de mudanças, sejam motivadas por aspectos sociais, econômicos, institucionais ou políticos.

A mais recente reforma ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no âmbito da Justiça do Trabalho, inseriu mudanças relevantes e ao mesmo tempo polêmicas na legislação trabalhista, ao fundamento de que havia necessidade de flexibilização do antigo texto da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, sob a promessa de reduzir o desemprego e alavancar a economia do país.

Além disso, intervir no texto da CLT para modificá-la seria uma maneira de equilibrar as relações de trabalho entre empregado e empregador, adequando-as ao novo contexto entre capital e trabalho, possibilitando maior autonomia aos envolvidos, devido à prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611-A da CLT), segundo os argumentos defendidos pelo Consultor da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC),

Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-futuro-sindicalismo-reforma-trabalhista>. Acesso em 18 de jul. 2019.

Clovis Carvalho, em entrevista na qual expõe sua avaliação sobre os dois anos da “reforma trabalhista”.¹⁵

Contudo, o texto da “reforma trabalhista”, já na sua elaboração, sinalizava significativas e profundas alterações que estavam por vir, como mostra o teor do Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787 de 2016, que alterou o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), proferido pela Comissão destinada a esta finalidade¹⁶:

Sustentamos o entendimento de que a CLT tem importância destacada na sua função de estabilizar as relações de trabalho, mas que, evidentemente, sofreu desgastes com o passar dos anos, mostrando-se desatualizada em vários aspectos, o que não é de se estranhar. É com essa visão particular que vislumbramos a presente modernização: a necessidade de trazer as leis trabalhistas para o mundo real, sem esquecer dos seus direitos básicos e das suas conquistas históricas que, por sua importância, estão inseridos no artigo 7º da Constituição da República.

A Reforma Trabalhista ainda teve motivação na proposição de novas “configurações” das relações de trabalho em diversas questões materiais e processuais, em meio a um cenário de profunda crise econômica e crescente desemprego no país, conforme argumentos expostos no “Dossiê Reforma Trabalhista”.¹⁷

Neste contexto, a intitulada “reforma trabalhista”, Lei nº 13.467/2017, em vigor desde 11 de novembro de 2017, trouxe importantes desafios para o meio jurídico trabalhista, assim como profundas reflexões, considerando o propósito de adequação normativa à nova realidade vivenciada nas relações de trabalho em contraposição às suas reais finalidades.

Entretanto, cabe questionar: Estaria de fato a CLT desatualizada em seu teor frente às novas relações de trabalho na atualidade?

Como bem se pontuou no referido Parecer, talvez em determinado momento a CLT tenha se mostrado desgastada e ultrapassada em alguns aspectos, reforçando o

¹⁵Disponível em https://cbic.org.br/relacoestrabalhistas/en_US/entrevista-construcao-avalia-dois-anos-de-reforma-trabalhista-e-revisao-das-nrs-3/. Acesso em 18 jul. 2019.

¹⁶Disponível em <<https://www.camara.leg.br>> p.18. Acesso em 21 jun. 2019.

¹⁷“Dossiê Reforma Trabalhista” é um documento elaborado pelo Centro de Estudos Sindicais (CESIT), vinculado ao Instituto de Economia da Unicamp, que tem como objetivo contribuir para o debate sobre a “reforma trabalhista” no Brasil, discutindo os argumentos e as justificativas utilizados para defendê-la. Disponível em <https://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>. Acesso em 18 jul. 2019.

argumento de que necessitaria de uma reformulação em seu texto e possibilitando uma melhor normatização demandada pelas atuais relações de trabalho.

Contudo, vale lembrar que a “reforma trabalhista” promoveu apenas a alteração de pontos específicos da CLT, mas em nenhum momento na sua proposta de elaboração apontou ou esclareceu em quais aspectos estaria desatualizada, o que realmente estaria fora do contexto exigido pela modernidade destas relações, de modo a justificá-la e de torná-la fiel aos argumentos que as embasou, como a flexibilização, por exemplo.

Mesmo porque, sob a promessa de resguardar os direitos dos trabalhadores, a “reforma trabalhista” culminou na concessão de privilégios à classe econômica, deu maiores poderes aos empregadores, subtraiu direitos dos empregados e mitigou garantias sociais e trabalhistas conquistadas arduamente pela classe trabalhadora ao longo da história, sob a guarida da força sindical, como por exemplo, o direito às horas *in itinere*, a supressão das horas extras com o fim do banco de horas, que passa a ser negociado diretamente com o empregador e, dentre outras, a que se restringe ao tema, que é o pagamento de custas mesmo pelo reconhecidamente pobre¹⁸. Representou, assim, verdadeiro retrocesso social, tornou frágeis as relações de trabalho e fortaleceu a precarização da mão de obra, como se observa do texto do mencionado “Dossiê da Reforma Trabalhista”¹⁹:

A lógica da reforma é reduzir custos, sendo, por isso, defendida de forma unânime pelas entidades patronais. De fato, seu objetivo direto é criar mecanismos que permitam reduzir os custos do trabalho na perspectiva de obter competitividade em atividades de baixa produtividade. Seu alvo são os direitos sociais do trabalho e as instituições públicas do trabalho, com foco na Justiça do Trabalho que, como se aborda neste dossiê, tem como incumbência concretizar esse direito em suas decisões.

¹⁸ **12 Pontos em que o trabalhador foi prejudicado pela reforma trabalhista.** Publicado por Jefferson Ricardo de Brito. Disponível em <https://direito24hs.jusbrasil.com.br/artigos/490163939/12-pontos-em-que-o-trabalhador-foi-prejudicado-pela-reforma-trabalhista>. Acesso em 18 jul. 2019.

¹⁹ “Dossiê Reforma Trabalhista” é um documento elaborado pelo Centro de Estudos Sindicais (CESIT), vinculado ao Instituto de Economia da Unicamp. Disponível em <https://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>. Acesso em 18 jul. 2019.

Com relação ao instituto da gratuidade de justiça, a “reforma trabalhista” impôs barreiras restritivas aos economicamente hipossuficientes, porque consequentemente haveria maior consciência e responsabilidade dos demandantes ao se ingressar com uma ação judicial.

Então, seria coerente defender a “reforma trabalhista” com fundamento na redução da litigiosidade excessiva? Pois bem, o entendimento firmou-se na hipótese de que com a diminuição de demandas temerárias ajuizadas perante o Judiciário Trabalhista, consequentemente haveria redução da morosidade e aumento da eficiência da máquina Pública, concepção defendida no voto do Relator na ADI 5.766/DF, cujo teor será objeto de abordagem no subcapítulo deste título.

No entanto, restringir o acesso à justiça para inibir o ingresso de ações consideradas inócuas e infundadas revela-se um argumento equivocado e evidentemente temerário, diante do seu caráter subjetivo/valorativo, considerando que tais ilações devem ser ponderadas e analisadas com acuidade pelo julgador no caso concreto, pois se trata de um direito à persecução legítima pelo cidadão, que vislumbra no Judiciário a satisfação do seu direito e do ideal de justiça, o que dele não deve ser retirado, como defende José Afonso da Silva²⁰.

Neste sentido, “a reforma trabalhista” representou significativas mudanças na forma de ingresso das ações trabalhistas, pois evidente que antes da sua vigência, não havia o receio, a insegurança e as restrições de acesso ao processo que hoje permeiam a Justiça do Trabalho, pelo simples fato de existir o risco da sucumbência.

Sobre a relação entre as reformas judiciais e o acesso à justiça, Heliana Coutinho Hess destacou o seguinte²¹:

A prestação de justiça tem sido modificada paulatinamente, mas de forma lenta e sem conseguir acompanhar a litigiosidade complexa, crescente e disforme, originada de múltiplos fatores sócio-econômicos e culturais, que pressiona e exige reformas em todo o Estado contemporâneo, que está em crise. (...).

No entanto, o acesso à justiça concernente à organização, e estrutura institucional do Poder Judiciário não foi suficientemente adequado aos avanços da sociedade.

²⁰ SILVA, José Afonso da. R. Direito Administrativo. **Acesso à Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, abr./Jun., 1999, pp. 9-23.

²¹ HESS, Eliana Coutinho. **Acesso à Justiça por Reformas Judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004, p.100.

Para uma melhor compreensão, perfeitamente cabível uma breve explanação sobre o tema da justiça gratuita e a sua normatização no ordenamento jurídico.

Na Constituição Federal de 1988, a gratuidade de justiça está consagrada no rol de Direitos e Garantias Fundamentais do artigo 5º, inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”²²

A Lei n.º 1.060/1950 inicialmente estabeleceu as normas sobre a gratuidade de justiça, que, para ser concedida à pessoa física, condicionava-se à comprovação da condição de hipossuficiência financeira por mera declaração, a qual se presumia verdadeira nos termos da Lei nº 7.115/1983.

Todavia, o art. 1.072, III do CPC revogou parcialmente o texto da Lei n.º 1.060/1950, excluindo os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17, prevalecendo em seu teor, os serviços de assistência jurídica gratuita pelos Órgãos de Defensoria Pública e Sindicatos (Lei nº 5.584/1970), conduzindo o tema em questão à regulamentação pelo Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 98 a 102, conseqüentemente, a presunção de veracidade da declaração de insuficiência de recursos da pessoa física passou a ser disciplinada pelo art. 99, § 3º do CPC/2015.

Superadas as questões conceituais, sob um panorama geral, necessária uma análise comparativa do instituto da justiça gratuita antes e após a “reforma trabalhista”.

Isto porque, antes do advento da Lei nº 13.467/2017, não havia requisitos formais para concessão do benefício da gratuidade de justiça à pessoa física, que poderia ocorrer de ofício ou a requerimento, bastando o recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou a mera declaração de hipossuficiência, sob as penas da lei, em conformidade com artigo 790, § 3º da CLT.²³

Com a modificação do texto do § 3º do artigo 790 da CLT e a inserção do § 4º²⁴ ao mesmo artigo pela “reforma trabalhista”, observou-se a fixação de novos

²² BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jul. 2019.

²³ Art. 790, § 3º da CLT (antiga redação). “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

²⁴ Art. 790, § 3º da CLT (redação determinada pela Lei 13.467/2017). “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de

parâmetros para concessão da justiça gratuita, ou seja, ficou condicionada ao recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social²⁵, equivalente a R\$2.335,78 (valores vigentes em 2019) e a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos para custear as despesas do processo, respectivamente.

Estes requisitos dificultaram o ajuizamento de ações judiciais, considerando que antes da mudança bastava a simples apresentação de declaração de hipossuficiência no bojo da petição inicial, pressupondo miserabilidade absoluta, como mencionado.

No entanto, com a “reforma trabalhista”, passou-se a exigir a comprovação patente da insuficiência de recursos para isenção das despesas processuais, configurando a presunção legal relativa de miserabilidade.

Neste sentido, a “reforma trabalhista” se contrapôs aos demais ordenamentos existentes, em flagrante violação, inclusive, ao direito subjetivo de acesso à justiça, consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXXV.²⁶

Convém lembrar que o mesmo não ocorreu com a reforma do Código de Processo Civil, artigo 98, quando tratou do mesmo instituto, sob enfoque comparativo e crítico da Lei nº 13.467/2017, conforme explica Antônio Umberto de Souza Júnior, *et al*²⁷:

Ora, sendo a Justiça do Trabalho um ramo do Poder Judiciário cotidianamente frequentado, em sua imensa maioria, por trabalhadores de poucos recursos, em regra desempregados, tal ilação não teria um mínimo de razoabilidade, principalmente, se recordarmos que nem mesmo no âmbito do novo CPC, recentemente aprovado, tamanha exigência comprobatória foi exigida. De fato, nada justificaria regramentos tão díspares, a ponto de se imprimir tal nível de rigor

ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” § 4º “O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 17 jul. 2019.

²⁵ Valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R\$5.839,45, considerando o reajuste válido desde 1º de janeiro de 2019, de 3,43%, conforme INPC, índice oficializado pela Portaria nº 09/2019, do Ministério da Economia. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/2019/01/portaria-oficializa-reajuste-de-343-para-beneficios-acima-do-minimo-em-2019/>>. Acesso em 17 de jul. 2019.

²⁶ Art. 5º, XXXV, da CF/1988. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

²⁷ JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. *et al*. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: RIDEEL, 2017, p. 365.

probatório exatamente contra quem, sabidamente, por máximas de experiência, não têm condições de arcar com os custos do processo.

As modificações na esfera da Justiça Trabalhista, quanto ao tema, abrangem ainda os casos de cobrança de honorários advocatícios, segundo o art. 791-A e §§ 1º ao 5º, da CLT, devidos pela parte sucumbente, fixados entre 5% e 15%, sobre o valor da condenação ou, se não mensurável, sobre o valor da causa, como dispõe o texto do caput do referido artigo.

Leva-se ainda em consideração, ao arbitrar o percentual de honorários advocatícios, os parâmetros estabelecidos no art. 85, § 2º, do CPC, aplicado supletivamente por força do art. 769 da CLT, exceto nos casos em que a lei fixar o percentual, ponderando aspectos como: grau de zelo profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo exigido.

Quanto ao art. 791-A, da CLT, importante destacar o § 4º²⁸, o qual estabelece o pagamento de honorários de sucumbência na ação trabalhista pelo beneficiário da justiça gratuita. Neste caso, se não obtiver créditos suficientes para suportar as despesas processuais, fica o seu pagamento sob a condição suspensiva de exigibilidade e, somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, demonstrar que não mais subsiste o seu estado de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade de justiça.

Decorrido o prazo de dois anos sem mudança da situação econômica do demandante, extingue-se a obrigação do beneficiário.

Da forma como posta pelo legislador, o texto da lei ordinária afronta o texto constitucional de 1988, que assegura o direito de acesso à justiça e a concessão da proteção, dos benefícios da assistência jurídica e da gratuidade de justiça.

²⁸ Art. 791-A. “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 4º. Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 18 jul. 2019.

Neste ponto, a “reforma trabalhista” trouxe obstáculos ao exercício destes direitos, desencorajando o trabalhador de pleitear seus direitos em Juízo, pelo risco de assumir uma “dívida” com o Estado pela cobrança de honorários sucumbenciais e custas processuais, deixando de reivindicar o pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelo patrão, sendo esta uma maneira de incentivar, indiretamente, o descumprimento de obrigações do contrato de trabalho pelo empregador.

Deve-se também considerar desarrazoada a exigência de comprovação de renda pelo trabalhador, assim como a assunção de um encargo a partir do ganho obtido em outro processo, por se tratar de crédito advindo de um direito reconhecidamente violado (o não pagamento de verbas trabalhistas). Em contrapartida, embora os honorários de advogado também se revistam do caráter alimentar, não cabe ao Estado onerar o trabalhador, abstendo-se da proteção jurídica e assistencial que lhe compete.

No Código de Processo Civil de 2015, os honorários de sucumbência, devidos pela parte vencida ao patrono da parte vencedora, reconheceu-se a natureza alimentar dos honorários advocatícios, consoante o teor do art. 85, § 14, do Novo CPC²⁹ e segundo o entendimento da Súmula Vinculante nº 47 do STF³⁰, equiparando-se aos créditos oriundos da legislação do trabalho, quanto aos privilégios e à natureza jurídica, vedando a compensação no caso de sucumbência parcial.

Entretanto, comparando-se as recentes mudanças inseridas no Novo Código de Processo Civil em 2015, com aquelas inseridas pela “reforma” na CLT em 2017, observa-se um maior rigor da legislação trabalhista quanto às exigências para comprovar a hipossuficiência jurídica, revelando a falta de razoabilidade de proporcionalidade, uma vez que o direito de acesso à justiça, de um modo geral, compreende tanto a justiça comum quanto a trabalhista.

²⁹ Art. 85 do CPC/2015. “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. § 14. “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.” Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 18 jul. 2019.

³⁰ Súmula Vinculante nº 47 “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.” Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>>. Acesso em 18 jul. 2019.

Incoerente, portanto, a cobrança de honorários de sucumbência da parte detentora da gratuidade de justiça, no âmbito do processo do trabalho, frente aos demais ordenamentos jurídicos que disciplinam sobre o instituto e que a isentam do pagamento de custas de demais despesas processuais.

A redação do art.790-B e §§ 1º a 4º, da CLT³¹, por sua vez, dispõe sobre os custos com honorários periciais em caso de sucumbência na pretensão objeto da perícia, utilizando-se dos créditos obtidos de outros processos para fins de pagamento destes honorários.

Todavia, o texto da lei não se coaduna com a realidade vivenciada pela maioria dos trabalhadores que demandam a realização de perícia na ação judicial, como veremos.

Isto porque configurou uma forma de desestimular os pedidos de indenização por danos morais decorrentes de acidentes e doenças ocupacionais, além dos demais consectários trabalhistas requeridos em face da não observância das normas de segurança e medicina do trabalho, como demandado nas perícias técnicas de insalubridade e periculosidade.

Relevante mencionar que a cobrança dos honorários periciais não deve obviamente alcançar créditos de natureza alimentícia, pelas suas próprias razões.

Por fim, a isenção somente é permitida segundo a redação do § 4º do artigo 790-B da CLT, nos casos em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos suficientes para suportar a despesa.

Neste caso, a obtenção de crédito em outra ação é condição futura para cobrança, exonerando o trabalhador de seu pagamento somente quando não comprovado que possui meios para fazê-lo.³²

³¹ Art. 790-B da CLT. “**A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.** § 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. § 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. § 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias. § 4º **Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.**” BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 17 jul. 2019.

³² JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. *et al.* **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017.** São Paulo: RIDEEL, 2017, p. 386.

Por fim, o art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT³³, que em seu teor, determina a cobrança de custas judiciais ao empregado que der causa ao arquivamento por ausência à primeira audiência realizada, sem motivo legalmente justificável, ainda que beneficiário da justiça gratuita, sendo condição para propositura de nova ação. Cabe inquirir, neste caso, se além de restrição expressa de acesso à justiça, haveria caráter punitivo da norma que cria obstáculo ao ajuizamento de nova demanda.

Abstraindo-se ainda das restrições trazidas pela Lei nº 13.467/2017, a gratuidade de justiça e o acesso à justiça restaram resguardados pelo teor da Lei nº 7.115/1983, resultando no entendimento da jurisprudência, consubstanciado na Súmula 463 da SBDI-I do C. TST³⁴, que confere a presunção de veracidade da condição de hipossuficiência à pessoa natural. Contudo, quanto à pessoa jurídica, a concessão ainda depende de prova cabal da insuficiência de recursos para custear as despesas processuais, não bastando mera declaração.

Da sucinta apreciação dos referidos dispositivos, extrai-se que as modificações inseridas pela “reforma trabalhista” com relação à gratuidade de justiça, como pressuposto de acesso à justiça, trouxeram desestímulo ao ajuizamento de ações judiciais, privando o cidadão sem recursos financeiros do direito de buscar a tutela jurisdicional, temerário em arcar com custos que comprometam o seu sustento, configurando contrariedade aos preceitos constitucionais e ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a partir destas alterações, criou-se um cenário de insegurança jurídica e incertezas, prova disso é a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade

³³ Art. 844 da CLT. “O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. § 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. § 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.” BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 17 jul. 2019.

³⁴ Súmula 463 da SBDI-I do TST. “**Assistência judiciária gratuita. Comprovação (conversão da Orientação Jurisprudencial 304 da SBDI-I, com alterações decorrentes do CPC de 2015)**. I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015). II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.” Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 13 jun. 2019.

proposta perante o STF, ADI 5.766/DF, pela qual se discute a inconstitucionalidade dos artigos 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 3º da CLT.

2.1 A ANÁLISE DA INCOSTITUCIONALIDADE SUSCITADA NA ADI 5.766/DF

No atual contexto da “reforma trabalhista”, torna-se pertinente a discussão acerca da inconstitucionalidade que reside nos dispositivos da Lei nº 13.467/2017, relativos à justiça gratuita, decorrentes da violação aos direitos fundamentais subjetivos, que obstam o livre acesso à justiça, constituindo fatores agravantes as limitações econômicas e sociais enfrentadas pelo demandante.

De um modo geral, a inaplicabilidade concreta de dispositivos celetistas modificados pela nova legislação pode ser observada pelas várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o STF.

Entretanto, especificamente no presente caso, será objeto de discussão a inconsistência dos artigos 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 4º da CLT, pelos quais foi requerida a declaração de inconstitucionalidade por violação aos princípios da isonomia, devido processo legal, ampla defesa e inafastabilidade da jurisdição, conforme os fundamentos expostos na petição inicial da ação.

Proposta pela Procuradoria-Geral da República - PGR, em 28/08/2017, com pedido de liminar, a ADI 5.766/ Distrito Federal, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, enfrenta questões relativas à assistência judiciária gratuita que resultam em restrições de acesso à justiça trabalhista por aqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os custos do processo sem prejuízo de seu sustento.

Para o Procurador-Geral Rodrigo Janot, autor da ADI e como se extrai dos termos da petição inicial da ação³⁵, os pontos alterados pela “reforma trabalhista” estão na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram as garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça. E acrescentou: “as normas impugnadas inviabilizam o trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista.”

³⁵ Disponível em <www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhistapdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

A petição da Ação Direta de Inconstitucionalidade também expôs os argumentos a respeito das reais finalidades na nova legislação:

Com o propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho, a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade de judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista.

Assim foram as teses sustentadas na decisão do Ministro Relator da ação, quando julgou parcialmente procedente a ADI 5.766/Distrito Federal ³⁶:

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018

Expostas as teses, é salutar questionar as suas razões de decidir:

O principal argumento defendido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/Distrito Federal, encontra-se a necessidade de diminuição da sobrecarga judiciária, pelo refreamento dos benefícios concedidos de forma assistencialista e integral pelo Estado ao empregado, cujos efeitos se revertem ao próprio Estado, como a morosidade e o comprometimento da qualidade dos serviços prestados.

Primeiro, sustenta sua tese no “desincentivo à litigância abusiva” como forma de regular o direito à gratuidade de justiça, ao se efetuar a cobrança de custas e honorários.

³⁶ Disponível em < <http://portal.stf.jus.br>.> Acesso em 30/05/2019.

Ora, a tese encontra-se desprovida de coerência e razoabilidade, mostrando-se uma maneira inadequada e generalizada de inibir o ajuizamento de demandas infundadas na Justiça do Trabalho, pois estas devem ser analisadas individualmente no caso concreto, não podendo ser utilizado também como argumento para diminuir os custos judiciais, mesmo porque, o ordenamento jurídico dispõe de meios processuais próprios para punir o litigante de má-fé.

Sustenta ainda, na segunda tese, a possibilidade de incidência de honorários sucumbenciais sobre verbas não alimentares em sua integralidade, citando o exemplo de retenção de valores recebidos a título de indenização por dano moral, devido a sua natureza indenizatória.

Humberto de Souza Júnior³⁷ em obra coletiva, explica que não há isenção ao beneficiário das despesas enumeradas, mas determinação de condição suspensiva da inexigibilidade das obrigações sucumbenciais pelo prazo de cinco anos, que no processo do trabalho foi reduzido para dois anos e, somente se houver relevante alteração das condições financeiras do beneficiário é que haverá quitação da dívida com o Judiciário, caso contrário restará definitivamente exonerado do pagamento.

Nota-se, segundo o autor, a impossibilidade de transigir interpretativamente nessa matéria, porquanto a assistência jurídica integral e gratuita é instrumento fundamental de viabilização do efetivo acesso à justiça, não sendo “juridicamente tolerável a reconstrução de muralhas financeiras para tornar difícil ou impossível bater às portas dos tribunais e ter seu *day of court*, (...).”

Sob outra perspectiva, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, em voto divergente na mesma ADI, propôs uma reflexão sobre a proteção constitucional conferida aos direitos e garantias fundamentais do acesso à Justiça e da gratuidade dos serviços judiciais, porque para ele, “restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e vãs”.

E vai mais além, quando observa que a gratuidade de justiça constitui pressuposto para o exercício do direito fundamental de acesso à Justiça e sustenta que

³⁷ JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza. *et al.* **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: RIDEEL, 2017.

fatores econômicos constituem a principal barreira para exercê-lo, como deixou expresso em seu voto na ADI 5.766/ DF:

Dos obstáculos, que comumente são indicados ao acesso à Justiça, os de ordem econômica costumam ser os primeiros e mais evidentes. Considerando que os custos da litigação perante o Poder Judiciário são muito altos, e que a jurisdição cível é bastante onerosa para os cidadãos em geral, verifica-se que há um afastamento significativo das classes economicamente mais frágeis do acesso à Justiça institucionalizada.

Destacou ainda, em seu voto, outros fatores que, agregados, concorrem para obstaculizar o acesso à justiça:

A desigualdade social gerada pelas dificuldades de acesso isonômico à educação, mercado de trabalho, saúde, dentre outros direitos de cunho econômico, social e cultural, impõe que seja reforçado o âmbito de proteção do direito que garante outros direitos, especialmente a isonomia.

A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade de justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas.

A respeito da análise dos dispositivos celetistas em comentário, entendeu o Ministro Edson Fachin que não há inconstitucionalidade no caput do art. 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/2017, quando imputa a responsabilidade ao trabalhador sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, enquanto perdurar esta condição.

Já com relação às normas que permitem a utilização de créditos trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em outras ações, para o Ministro Fachin, destoam dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, porque o êxito obtido em ação judicial não tem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do trabalhador e que a mera existência de créditos judiciais obtidos em outros processos não é suficiente para afastar a situação de pobreza em que se encontrava o autor no momento em que foram reconhecidas as condições para o exercício do seu direito fundamental à gratuidade de justiça.

Ministro Fachin ainda sustenta ainda em seu voto:

É preciso estabelecer a integridade do direito fundamental de acesso gratuito à Justiça Trabalhista, especialmente pelo fato de que, sem a possibilidade do seu pleno exercício por parte dos trabalhadores, é muito provável que estes cidadãos não reúnam condições mínimas

necessárias para reivindicar seus direitos perante esta Justiça Especializada. (...).

O direito fundamental à gratuidade de justiça, notadamente atrelado ao direito fundamental de acesso à justiça, não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo trabalhista, sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional.

Apesar de o tema ensejar discussão, o julgamento da referida ADI se encontra suspenso naquela Corte, e só a partir desta decisão é que será possível reconhecer ou não a inconstitucionalidade da qual padecem os artigos 790, § 4º; 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 4º da CLT, resultante das alterações na legislação trabalhista, assim como a possível violação a direitos e garantias constitucionais.

Sob o mesmo raciocínio, a “reforma trabalhista” representou considerável retrocesso social, pelo distanciamento da classe trabalhada do seu direito jurisdicional e institucional, compelindo-a a abdicar dos instrumentos de acesso à justiça de que detém, pela possibilidade de incorrer no risco do ônus da sucumbência. Traduz-se, portanto, na violação aos direitos de cidadania, igualdade e justiça tutelados pela Carta Magna.

Quaisquer acepções neste sentido fragilizam as instituições, pois, não bastasse suscitar a insegurança jurídica das decisões, relegam o texto Constitucional em detrimento das demais normas jurídicas infraconstitucionais.

Quanto a esta percepção, novamente oportuna a colocação de Cristiano Paixão³⁸:

Numa sociedade democrática, um órgão do Poder Judiciário não é apenas uma parte da estrutura estatal de manutenção da ordem constitucional. Ele é antes de tudo um ente cuja responsabilidade está na tutela das opções fundamentais do legislador constituinte, ou seja, a ele incumbe velar pela observância da Constituição.

Defender a liberdade de ação, pelo amplo acesso à justiça, não legitima o exercício destes direitos como único caminho viável para a solução dos conflitos judiciais.

³⁸ PAIXÃO, Cristiano. **Acesso à justiça como garantia institucional: mais uma inconstitucionalidade da “reforma trabalhista”**. In: CONSTITUCIONALISMO, TRABALHO, SEGURIDADE SOCIAL E AS REFORMAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. Coordenadores: Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. São Paulo: LTr, 2017, Capítulo I, p. 466.

Por outro lado, permiti-lo não configura forma de incentivo à litigiosidade, sob o discurso de que a propositura demasiada de ações judiciais possa redundar na sobrecarga do Poder Judiciário Trabalhista e em uma prestação jurisdicional precária, considerando a supremacia e a prevalência dos princípios, dos fundamentos constitucionais, dos direitos humanos e de cidadania.

O autor Rodolfo de Camargo Mancuso, assim expôs sobre a questão³⁹:

O inc. XXXV do art. 5º da vigente CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair à apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que deslocou da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão ufanistas como irrealistas. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em...*dever* de ação!

Portanto, impor condições limitantes à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, em qualquer das suas formas, consequentemente restringe o direito fundamental de acesso à justiça, especialmente à classe trabalhadora que não possui recursos financeiros suficientes para suportar as despesas com o processo, ainda que obtenha créditos passíveis de retenção em outros processos, pois, como exposto no voto em comento e como aqui novamente frisado, créditos auferidos em outros processos não modificam ou afastam, por si sós, a condição de miserabilidade jurídica reconhecida e concedida em um determinado momento processual.

Possível concluir, a partir desta premissa, que a normativa pós “reforma trabalhista”, conduziu a classe trabalhadora ao distanciamento das suas expectativas quanto ao processo justo, acessível, razoável e célere.

Assim, pertinente trazer ao debate o tema da concessão da gratuidade de justiça como mecanismo de inclusão social dos hipossuficientes, por possibilitar o acesso à justiça.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

3. GRATUIDADE DE JUSTIÇA: INCLUSÃO SOCIAL E ACESSO À JUSTIÇA

Primeiramente, antes de adentrar ao tema da viabilidade do acesso à justiça e como o direito de ação representa uma forma de inclusão social a partir dos instrumentos concedidos pelo Estado, é preciso um breve esclarecimento sobre o contexto que envolve o conceito de justiça gratuita.

Para explicar a diferença entre os termos justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica, convém mencionar Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira, ao citar, dentre outros, Augusto Rosa Tavares Marcacini e Araken de Assis:⁴⁰

A despeito de serem utilizados como sinônimos, os conceitos de justiça gratuita, de assistência judiciária e de assistência jurídica são distintos:

- a) justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento de honorários de advogado;
- b) assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.: defensor público) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, como, por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito);
- c) assistência jurídica compreende, além do que já foi dito, a prestação de serviços jurídicos extrajudiciais (...) (MARCACINI, 2001, *Apud*, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira, 2008).

Todas estas constituem formas de prestação assistencial pelo Estado, sendo instrumentos de combate às barreiras de acesso à justiça, visto que a representação e assistência jurídica, como a primeira das três “ondas” do movimento que despertou o interesse em torno do acesso efetivo à justiça nos países ocidentais, se encontram dentre

⁴⁰ Dentre outros, MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 29-35; ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade**, ob. Cit., p. 75-76; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento jurídico brasileiro de nosso tempo. **Temas de Direito Processual - Quinta Série**. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 57-59, *apud* JR., Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael, **Benefício da Justiça Gratuita**, 3ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, p. 10-11.

as soluções práticas mencionadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴¹ para proporcionar aos mais pobres o acesso aos serviços jurídicos e o seu reconhecimento, porém, devido a falhas e falta de adoção de meios empregados pelo Estado para garanti-lo, mostrou-se ineficiente ao longo do tempo, impulsionando as reformas que tiveram início na Alemanha e Inglaterra, sob o regime social democrata.

Na mesma obra, os referidos autores propõem soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, como a assistência judiciária aos pobres, enfatizando o auxílio de advogados para tornar o sistema mais eficiente, principalmente em países em desenvolvimento.

Dentre outras práticas, postas como segundo movimento no sentido de melhorar o acesso à justiça ao longo das reformas ocorridas, os autores mencionam a representação dos interesses difusos. Com o progresso nas reformas, o acesso à justiça passou a ter alcance mais amplo, a partir de um conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, com o intuito de possibilitá-la.⁴²

Esclarecidas as questões essenciais para expor o tema, ater-se-á aqui tão-somente ao conceito descrito na primeira explanação, a partir do contexto das modificações inseridas pela “reforma trabalhista”, qual seja, a gratuidade concedida pelo Estado àqueles que comprovam insuficiência financeira para custeio das despesas do processo, o que inclui: as custas; os honorários advocatícios resultantes da sucumbência, estes sob a condição suspensiva de exigibilidade e, por fim, o custeio com despesas periciais, que ficaria a cargo da União.

Todavia, como já analisado em tópicos anteriores, as restrições de acesso à justiça consistem em verdadeiras incoerências do legislador frente à realidade vivenciada no âmbito jurídico trabalhista, considerando ainda todo o contexto histórico, social, econômico e a sua estreita relação com o direito fundamental à gratuidade de justiça.

Primeiro, porque a nova legislação trabalhista procurou privilegiar a classe econômica e mitigou o direito à gratuidade de justiça, ao impor condições

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, pp. 31-32.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 49.

desproporcionais para comprovação da condição de hipossuficiência pelo demandante em situação de miserabilidade jurídica.

Segundo, porque penaliza o empregado em eventual sucumbência, obrigando-o ao pagamento de honorários advocatícios, imposição incompatível com a condição financeira dos menos favorecidos, conduzindo a um sistema jurídico que privilegia uma minoria, dado que a classe trabalhadora hipossuficiente constitui grande parte do jurisdicionado trabalhista.

E terceiro, porque se torna difícil a execução de eventuais despesas processuais com perícia, custeada com créditos que o reclamante porventura obtenha de outros processos, na prática, auferir crédito trabalhista não acarreta significativa modificação no status econômico da parte vencedora, pois se analisar o contexto social e valorativo do demandante antes declarado hipossuficiente, a problemática transcende a condição financeira.

Analisando a questão sob o enfoque histórico, social e econômico, exercer o direito de acesso à justiça, a partir da concessão da justiça gratuita, ou seja, poder demandar em Juízo sob a condição da presunção absoluta de miserabilidade jurídica, é uma forma de possibilitar um processo justo, e equânime, promovendo a inclusão social, fundamental à dignidade humana, como bem explica Juvêncio Borges Silva, quando discorre sobre os aspectos histórico-sociais do acesso à justiça⁴³:

É preciso que consideremos que os avanços políticos-sociais pós Revolução Francesa foram lentos. Num primeiro momento as mudanças de natureza política beneficiaram mais diretamente aqueles que detinham o poder econômico. Ainda que a revolução tenha posto fim ao poder absolutista, e tenha consagrado o Estado constitucional, com limites definidos para a atuação do Estado, bem como tenha afirmado os direitos individuais, de início, alguns eram considerados mais cidadãos que outros, haja vista a instituição do voto censitário, que estabelecia que somente os cidadãos que tivessem uma determinada renda poderiam votar e ser votados. Esta categorização dos cidadãos acabou por restringir o acesso à Justiça para os menos afortunados e, ainda mais, para os que nada tinham. Ocorreu, de início, uma elitização no que tange ao acesso à Justiça.

⁴³ SILVA, Juvêncio Borges. **O Acesso à Justiça como Direito Fundamental e sua Efetivação Jurisdicional**. Revista de Direito Brasileira, Ano 3, v. 4, Jan-abril, 2013, p. 480.

Desigualdades sociais e econômicas sempre estiveram presentes na realidade do Brasil e, com o fim de atenuar estas desigualdades, cabe ao Estado adotar políticas públicas de inclusão, possibilitando ao cidadão o efetivo exercício dos direitos garantido pela Constituição Federal.

É de fundamental importância destacar que sem meios de desenvolvimento e possibilidades de acesso aos benefícios oferecidos pelo Estado, como a gratuidade de justiça, o texto da lei processual⁴⁴ perde o seu sentido, é letra morta, e os fundamentos que os amparam se tornam desprovidos de valores.

Assim, cabe mencionar as palavras de Maria Tereza Aina Sadek, para quem a “exclusão social refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento.”

Desse modo, a autora trata da relação entre a inclusão social e acesso à justiça⁴⁵:

Normalmente, o enfrentamento desta questão é pensado a partir de políticas voltadas para aspectos diretamente relacionados às esferas econômica e social. O principal argumento deste artigo é que o acesso à justiça se constitui a porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade. Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização. (...)

Efetivamente, o rol de direitos constitutivos da igualdade depende, para sua efetivação, da existência e da atuação das instituições que compõem o sistema de justiça.

A todos é concedido o direito de exercer o poder de ação, conforme a Constituição Federal, mas na realidade as barreiras se impõem com maior vigor àqueles que não possuem recursos econômicos suficientes para demandar em Juízo, porque resulta no comprometimento do seu sustento.

⁴⁴ As normas processuais sobre o tema foram explicitadas pela Instrução Normativa – IN 41/2018. Disponível em <http://www.tst.jus.br/instrucoes-normativas>. Acesso em 18 jul. 2019.

⁴⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. *Justiça, cidadania e democracia* [on line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, pp. 170 e 175. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

Portanto, a limitação ao acesso à Justiça na esfera trabalhista advém, além dos fatores de exclusão social e econômica, da mitigação da gratuidade de justiça provocada pelas modificações inseridas na CLT pela Lei 13.467/2017.

Neste sentido, o acesso à justiça representa fator de relevante carga valorativa quanto aos aspectos econômicos e sociais, na medida em que restringi-lo é dispor o cidadão pobre à margem dos seus direitos e, por consequência, à exclusão social.

A respeito da moderna significação de acesso à justiça a partir da perspectiva social de inclusão social, convém transcrever o que entende a doutrina de Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁶:

Este novo enfoque teórico do acesso à justiça espelha, portanto, a transmutação de uma concepção unidimensional, colocada no formalismo jurídico, para uma concepção tridimensional do direito, que leva em consideração não apenas a norma jurídica em si, mas também os fatos e os valores que a permeiam.

As barreiras impostas pela norma conseqüentemente agravam a exclusão social, que por sua vez advém de uma situação econômico-financeira desfavorável, induzindo o demandante à concepção de que a justiça favorece aos que dispõem de maiores recursos e, logicamente, são estes que possuirão maiores chances de intentar com êxito uma ação trabalhista perante o judiciário.

Tornar possível o acesso à justiça, como direito fundamental, traz à tona o princípio da igualdade, na medida em que os desiguais devem ser tratados na proporção de suas desigualdades. Oferecer meios possíveis de acesso à Justiça ao cidadão desprovido de recursos financeiros, como medidas alternativas de solução de litígios e composições consensuais são alguns dos caminhos viáveis, inclusive para se evitar o aumento de demandas judiciais no âmbito trabalhista, influenciando na qualidade dos serviços prestados.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁴⁷

⁴⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 12.

Somente após o reconhecimento da sua importância, o acesso à justiça, antes ineficiente devido aos serviços prestados de forma particular pelos advogados, em sua maior parte, foi ganhando suporte e, segundo os autores ora citados, Cappelletti e Garth, foi colocado no topo da agenda de reformas e “redespertou” a consciência social.⁴⁸

Oportuno mencionar também que a inconstitucionalidade suscitada quanto às questões relacionadas à gratuidade de justiça e acesso à justiça incentiva-nos a questionar os reais interesses dissimulados no texto da lei e os limites do legislador reformista, quando suprimiu direitos trabalhistas e afrontou direitos sociais e princípios constitucionais.

Por fim, quanto à exclusão econômica e social como fator resultante das barreiras normativas, nas palavras de José Afonso da Silva, não basta o poder público oferecer serviços de assistência jurídica aos necessitados para efetivação do acesso à justiça⁴⁹:

Enquanto não se criarem as condições econômicas e sociais indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, sempre haverá dificuldades para implementação do princípio da Justiça igual para todos, porque a relação de injustiça está na própria configuração da ordem social. Uma ordem social injusta não pode produzir um processo justo, nem, por certo, um sistema judicial de solução justa dos conflitos de interesse.

Portanto, motivada por novas perspectivas, fundamentada na “modernização” das relações de trabalho e na flexibilização da Consolidação das Leis do Trabalho, a “reforma trabalhista” trouxe mais que reflexões e debates. Na realidade, observa-se um retrocesso da norma em matérias já superadas, a mitigação de institutos tutelados constitucionalmente, como a gratuidade de justiça e acesso à justiça, restringindo o direito postulatório, pelo receio do empregado de custear com despesas incompatíveis com sua renda, deixando de reivindicar um direito que lhe cabe.

Desse modo, é possível sugerir que a “reforma trabalhista” fortaleceu a desigualdade social, quando tolheu o direito de liberdade de ação do empregado hipossuficiente, impondo-lhe obstáculos ao amplo acesso à justiça, questionando a

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, pp. 31-33.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. R. Direito Administrativo. **Acesso à Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, abr./jun., 1999, p. 17.

supremacia dos valores sociais e institucionais, legitimados na Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Diante da problemática e das questões colocadas no presente trabalho, buscou-se demonstrar os reais intentos da “reforma trabalhista” na sua acepção jurídica, econômica e social em face dos impactos provocados no âmbito da jurisdição trabalhista, restringindo o direito fundamental de acesso à justiça, por meio da mitigação do instituto da justiça gratuita e afrontando princípios e garantias resguardados e consagrados constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Destacou-se a relação entre os direitos sociais e o acesso à justiça, para reforçar a relevância e os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Com relação à inconstitucionalidade suscitada, sugere-se que a tese favorável à restrição da gratuidade de justiça se sustenta em argumentos equivocados e alheios à realidade, ao passo que a tese contrária milita em parte em favor dos direitos do demandante hipossuficiente de recursos, pois para o Ministro Edson Fachin, “restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e vãs”.

Expostos os argumentos, constatou-se que a “reforma trabalhista”, com relação ao tema aqui discutido, resultou em retrocesso e exclusão social, na medida em que restringiu o direito de acesso à justiça, impondo obstáculos à obtenção da gratuidade de justiça, principalmente quanto ao rigor comprobatório da condição de miserabilidade jurídica e, dessa forma, relegou a relevância dos direitos sociais constitucionais em face de norma infraconstitucional.

Do seu teor, também foi possível extrair que a restrição de direitos não constitui forma legítima de regular o acesso à justiça, a partir do refreamento das demandas judiciais consideradas infundadas, considerando que medidas alternativas de solução de litígios e composições consensuais podem ser adotadas como meio de se evitar a sobrecarga judiciária.

Por fim, cabe inferir que a imposição de barreiras e empecilhos ao exercício da jurisdição e ao acesso à justiça representa o declínio dos fundamentos do Estado

Democrático de Direito e a fragilização da segurança jurídica, pela própria afronta aos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; SEGALLA, José Roberto Martins. *et al.* **15 Anos da Constituição Federal em busca da efetividade**. Edite, 2003.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça Instrumentos Viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Constitucionalismo Moderno e o Papel do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea**. Revista de Processo, vol. 60/1990, p.110 – 117, Out – Dez/1990. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 4. Maio/2011, DRT/1990/167.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

HESS, Eliana Coutinho. **Acesso à Justiça por Reformas Judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004.

JÚNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, 3ª Ed.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. *et al.* **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: RIDEEL, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2001; ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade**, ob. Cit., p. 75-76; MOREIRA, José Carlos

Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento jurídico brasileiro de nosso tempo. **Temas de Direito Processual - Quinta Série**. São Paulo: Saraiva, 1994, apud JR., Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael, Benefício da Justiça Gratuita, 3ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm.

PAIXÃO, Cristiano. **Acesso à justiça como garantia institucional: mais uma inconstitucionalidade da “reforma trabalhista”**. In: CONSTITUCIONALISMO, TRABALHO, SEGURIDADE SOCIAL E AS REFORMAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA. Coordenadores: Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. São Paulo: LTr, 2017, Capítulo I.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. *Justiça, cidadania e democracia* [on line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SILVA, José Afonso da. R. Direito Administrativo. **Acesso à Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, abr./Jun., 1999, pp. 9-23.

SILVA, Juvêncio Borges. **O Acesso à Justiça como Direito Fundamental e sua Efetivação Jurisdicional**. Revista de Direito Brasileira, Ano 3, v. 4, Jan-abril, 2013.

O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA BREVE ANÁLISE DA TAXATIVIDADE MITIGADA PELA URGÊNCIA

Ricardo Sameshima Taba

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações acerca do agravo de instrumento. Na sistemática do Código de 1973 o agravo era o recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. Entretanto, o artigo 1.015 do novo Código trouxe rol taxativo para o cabimento do recurso, o que gerou grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, faz uma análise sobre o agravo de instrumento e a fundamentação para a chamada “taxatividade mitigada” do rol do artigo 1.015.

Palavres-chave: Código de Processo Civil, recursos, agravo de instrumento, taxatividade mitigada.

Abstract: The 2015's Civil Procedure Code brought innovations about the interlocutory appeal. In the 1973 Code's systematic it was the appropriate appeal against any interlocutory decision. However, the article 1.015 of the new code brought an exhaustive list for its use, which generated great doctrinal and jurisprudence controversy. The present paper, through bibliographical research and the current jurisprudence of the Superior Court of Justice, makes an analysis of the interlocutory appeal and the foundations for the called "mitigated exhaustive roll" of the article 1.015.

Keywords: Civil Procedure Code, appeals, interlocutorial appeal, mitigated exhaustive list

INTRODUÇÃO

Transcorridos pouco mais de 3 (três) anos de vigência do novo Código de Processo Civil - NCPC, o Poder Judiciário, os advogados e a sociedade como um todo ainda se deparam com divergências de interpretação, quando da aplicação da nova legislação processual. Tais divergências devem ser resolvidas para garantir a segurança jurídica dos atos processuais e das decisões proferidas.

O NCPC, instituído pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, sedimentou práticas e mecanismos processuais já há muito tempo adotados, quando ainda

em vigor o Código de 1973. Não se tratou, em verdade, de uma ruptura sistêmica¹ mas em certa medida da conversão em lei de práticas que foram, ao longo dos anos, estabelecidas pela realidade forense.

De outro lado, o NCPC inovou o sistema processual civil. Ocorreram, por exemplo, alterações substanciais em relação aos prazos, que passaram a ser contados em dias úteis (art. 219) e, em relação aos prazos recursais, estes foram uniformizados em 15 (quinze) dias². O Agravo Retido foi excluído do sistema recursal assim como os Embargos Infringentes, que foram convertidos em técnica de julgamento.

Nesse contexto de mudanças de paradigmas entre o Código de 1973 e o NCPC, a doutrina processualista ao discorrer sobre o Agravo de Instrumento adotou 3 (três) posicionamentos acerca do rol que dispõe sobre as hipóteses de seu cabimento (incisos do art. 1.015): 1º) o rol seria taxativo e sua interpretação, restritiva; 2º) o rol seria taxativo, mas as hipóteses poderiam ser interpretadas de forma extensiva; e 3º) o rol seria exemplificativo.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.696.396 e 1.704.520, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos³ (Tema 988), admitiu a interposição do Agravo de Instrumento em situações não previstas na legislação, sob o entendimento de que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada pela urgência⁴, ou seja, adotou-se uma quarta via, em detrimento às soluções previamente indicadas.

O presente artigo tem por objetivo tecer considerações sobre a taxatividade mitigada do Agravo de Instrumento no contexto do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, apresentaremos um breve histórico do Agravo de Instrumento, as possibilidades de interpretação do rol de cabimento, bem como faremos considerações acerca da “taxatividade mitigada”, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ em relação ao

¹ Nas palavras de DONIZETTI (2016, p. 9): “as mudanças geradas pela nova legislação não produzirão uma ruptura com a estrutura processual anterior; ao contrário, o que se pretende é uma evolução das ideias já consolidadas, com um maior afinamento com a Constituição Federal”.

² Com exceção dos embargos de declaração, que devem ser opostos em 5 (cinco) dias, nos termos do artigo 1.023 do NCPC.

³ Artigo 1.036 e seguintes do NCPC.

⁴ Tese fixada pelo STJ: “O rol do artigo 1.015 do CPC/15 é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”

rol constante do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil – NCPC, que dispõe sobre o Agravo de Instrumento.

Para o desenvolvimento do presente artigo foi utilizado o método de revisão bibliográfica, a análise comparativa do Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 1939, no Código de Processo Civil de 1973 e no novo Código de Processo Civil de 2015, bem como análise de outras fontes como a doutrina e a jurisprudência. Ao final apresentaremos as conclusões sobre a pesquisa.

1. BREVE HISTÓRIO DA ORIGEM DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

A distinção entre as decisões que põem fim ao processo (terminativas) e as que não o fazem (interlocutórias) são percebidas já no direito romano. O mecanismo recursal para estas últimas, entre nós, surge e se aperfeiçoa no direito português e, consequentemente, é herdado pelo direito brasileiro (CORRÊA, 2001).

Após inúmeras transformações, o recurso contra decisões interlocutórias chegou aos dias atuais na forma do agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Para a melhor compreensão desse recurso se faz necessário, mesmo que de forma breve, tecer considerações sobre a sua origem, bem como das circunstâncias históricas e sociais que formataram o seu funcionamento. Para GUEDES (2009) *apud* COSTA (1996):

“Sem o exame direito das fontes em que deita suas raízes, nenhum instituto processual pode ser devidamente entendido em sua evolução’. E para compreender sua trajetória no decorrer do tempo ‘é indispensável apurar-se quando o recurso surgiu, em que circunstâncias histórico-sociais, e qual o primeiro diploma legal que o consagrou, servindo de fundamento para a posterior construção dogmática de sua figura e de sua conceituação histórica” (GUEDES, 2009, p. 200. grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, MIOTTO (2013) informa que o direito acompanha a evolução da sociedade e de suas necessidades e, portanto, é fruto do seu tempo e da sociedade que o produz:

“A sociedade está em constante evolução, em contra partida, a legislação processual civil tenta acompanhar tal progresso, a fim de que possa satisfazer a pretensão do jurisdicionado, de acordo com o Direito, em tempo razoável e de forma satisfatória.

O Direito Processual, como qualquer outro ramo do Direito, necessita acompanhar a Sociedade, modernizando-se e evoluindo de acordo com as necessidades sociais, políticas e culturais e dos instrumentos à disposição para sua efetivação.” (MIOTO, 2013, p. 2)

Para a contextualizar o presente é necessário refletir sobre o passado. Faremos, portanto, uma breve digressão histórica acerca das origens do recurso de agravo e a sua contextualização do direito processual brasileiro.

1.1. Considerações gerais sobre a história da recorribilidade das decisões interlocutórias: de Roma a Portugal.

Como dito, foi no direito romano que se percebeu a distinção entre decisões terminativas do processo (*sententia*) e decisões não terminativas (*interlocuciones*). Essa diferenciação se manteve ao longo do tempo ainda que o direito romano não tenha desenvolvido recurso próprio para as *interlocuciones*.

Na lição de José Eduardo Carreira ALVIM (2002):

“Os agravos eram **desconhecidos no direito romano**, sob qualquer de suas modalidades admitidas no direito português. Salvo a *supplicatio*, que muito se aproximava do agravo ordinário, utilizado para atacar as sentenças proferidas pelas mais altas autoridades judiciárias, as demais espécies engendradas pelo espírito especulador e criativo dos juristas portugueses **não encontravam paralelo em nenhum dos remédios utilizados para impugnar as decisões judiciais em Roma**” (ALVIM, 2002, p. 31, grifo nosso)

Ainda segundo o supramencionado autor, os romanos se ocupavam mais na resolução da lide, por meio da sentença, do que nas diversas questões processuais que preparavam a causa para julgamento:

“[...]no processo civil **romano**, a ideia predominante era a de resolução da lide, o que se alcançava através da *sententiae*, que tinham a força de transformar a *res in iudicium deducta* em *res*

iudicata, não se destinando as *interlocutiones* senão a resolução de questões processuais da mais variada natureza, preparando a causa para receber o julgamento. **Não alcançando as *interlocutiones* a categoria de sentenças, eram irrecorríveis**, donde não se falar a esse tempo em recurso contra tais decisões, muito menos o agravo, que só mais tarde veio a ser instituído como meio de lhes dar combate.” (ALVIM, 2002, p. 31, grifo nosso)

De grande influência no direito português, o direito romano não legou ao sistema lusitano um recurso próprio para atacar as decisões interlocutórias. Conforme aponta GUEDES (2009):

“O direito romano clássico estabeleceu definitivamente a irrecorribilidade das interlocutórias como regra geral. Não havia, no período clássico, recurso especificamente destinado à impugnação das *interlocutiones* de primeiro grau e, como se verá, o uso da apelação era permitido apenas excepcionalmente para este fim. A *inapelabilidade* das interlocutórias foi categoricamente imposta por Justiniano (Cód. Justinianeu 7.62.36), sob a justificativa de que não se poderia experimentar dano das interlocutórias, já que ao tempo da apelação se poderia expor as razões em que se fundassem a pretensão de obter algum direito, tais como a produção de prova testemunhal e a apresentação de documentos. A proibição era justificada ante à necessidade de se impedir o prolongamento indefinido dos pleitos. Assim, quando fosse denegado algum direito por decisão interlocutória, o juiz determinaria que se consignasse por escrito para que a parte prejudicada pudesse suscitar a questão na apelação contra a sentença final.” (GUEDES, 2009, p. 210. grifo nosso)

Considerando o desenvolvimento do direito português ao longo do tempo, a recorribilidade das decisões interlocutórias sempre foi motivo de polêmica. Houve períodos em que se permitiu recorrer – com maior ou menor amplitude - como períodos em que se vedou totalmente a recorribilidade (CORRÊA, 2001).

Tal oscilação se deu pelos influxos do direito germânico e, também, do direito canônico, cada qual ao seu tempo e forma.

Em linhas gerais, a influência do direito germânico no direito lusitano se deu pela prática judiciária difundida por toda a Europa em decorrência das invasões bárbaras. Naquela sistemática o processo era dividido em fases determinadas que, segundo GUEDES (2009) *apud* BUZAID (1956), se desenvolvia

“[...]por um conjunto de **sentenças** que resolvem questões processuais e substanciais, à medida que surgem. **Cada uma das sentenças prolatadas no curso do processo tem seu próprio valor e é imediatamente apelável.** Não sendo impugnada, torna-se imutável. Daí se inferir que o sistema recursal germânico estivesse aberto à **ampla possibilidade de impugnação das decisões proferidas no curso do processo**, a uma, porque possuíam, muitas vezes, conteúdo que encerrava verdadeira análise – ainda que parcial – da causa; e, a duas, pois a ausência de impugnação acarretava a impossibilidade de fazê-lo supervenientemente, devido à **imutabilidade do comando.**” (GUEDES, 2009, p. 211)

Por sua vez, o direito canônico, em especial no período que antecede a contra-reforma, possibilitava a interposição de recursos contra decisões interlocutórias. Tanto o Decreto de Graciano (1142), considerado como pedra fundamental da codificação do direito canônico, como as posteriores Decretais de Gregório (1234), organizaram o processo canônico em fases bem delimitadas, cada uma delas encerrada por uma decisão interlocutória passível de recurso.

Após a contra-reforma houve uma reação da Igreja e, em busca de celeridade processual e aproximação do direito canônico com o direito secular, adotou-se a vedação romana de apelar das decisões interlocutórias.

Ainda assim, mesmo nos períodos em que se permitiu recorrer, não se criou no direito português um recurso próprio mas utilizou-se da mesma nomenclatura e procedimentos, com alguma ou outra alteração, que já haviam sido sedimentados para os recursos das decisões terminativas, ou seja, apelação e suplicação.

A origem do recurso de agravo pode retroceder às querimas ou querimônias portuguesas, que eram pedidos de revisão de decisões, muito similares às *supplicatio* dos romanos (LIMA, 2012, p. 80), ou mesmo na *appellatio*, que em situações singulares e excepcionais era utilizado para combater decisões interlocutórias (GUEDES, 2009, pp. 207/208).

O certo é que, ao longo do tempo, para a concentração e manutenção do poder na figura dos soberanos, foi necessário implementar um cada vez mais complexo sistema de composição de litígios, no qual caberia ao rei controlar as decisões proferidas localmente e limitar, se necessário, os poderes nobiliárquicos. (CORRÊA, 2001)

Consequência lógica de um sistema mais complexo e hierarquizado é que não apenas as decisões terminativas passam a ser objeto de apelações ou súplicas, na forma de pedidos de reconsideração ou revisão, mas também as decisões interlocutórias. Conforme aponta GUEDES (2009):

“[...]a partir do momento em que surge uma organização estatal burocrática e hierarquizada, é de interesse do soberano exercer o controle sobre as decisões administrativas e judiciais. E como, na prática, é inviável atribuir-lhe competência originária para todos os litígios, atribui-se-lhe competência para *rever* as decisões judiciais. As hipóteses em que cabível tal ‘revisão’, a princípio desprovidas de uma teoria ou estrutura que as pudesse sistematizar cientificamente, **vão, pouco a pouco, tomando a forma de instrumentos processuais próximos àqueles que hoje se denominam recursos.”** (GUEDES, 2009, p. 202. grifo nosso.)

No Brasil colônia vigeram as Ordenações do Reino, que compreendiam as ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Como dito, ao longo da história e desenvolvimento desses marcos legislativos, houve períodos em que se permitiu recorrer – com maior ou menor amplitude - como períodos em que se vedou totalmente a recorribilidade.

As Ordenações Afonsinas, como regra geral, não permitiam a “apelação das sentenças interlocutórias”. Exceção às situações em que “fosse possível advir dano à parte que não pudesse ser corrigido com a apelação da sentença definitiva” ou nas situações em que a “sentença interlocutória contivesse vício de tal natureza que após ela não pudesse vir sentença definitiva” (GUEDES, 2009, pp. 219/220).

Os vícios indicados se referem ao julgador que não possuísse jurisdição, quando o demandante ou o demandado não pudessem fazê-lo, quando a petição não trouxesse direito ou os artigos não guardassem pertinência ao caso. (CORRÊA, 2001)

Tais noções, como se vê, ainda se mantêm no atual direito brasileiro.

CORRÊA (2001), ao descrever o recurso de agravo nas Ordenações Manuelinas, que se seguiram as Afonsinas, expõe que as sentenças eram classificadas em a) definitivas, b) interlocutórias mistas e c) interlocutórias simples.

Assim como no sistema preceituado nas Ordenações Afonsinas, as sentenças definitivas eram aquelas que davam fim ao processo. As sentenças interlocutórias mistas

eram aquelas que contivessem força de sentenças definitivas ou que tivessem o condão de causar irreparável. As sentenças interlocutórias simples, por exclusão, eram todas as demais sentenças.

Tanto nas Ordenações Manuelinas como nas Afonsinas era dado ao juiz a possibilidade de revogação as sentenças interlocutórias antes da prolação da decisão definitiva. Dessa sistemática que possibilitava a revisão das decisões interlocutórias mistas ou simples surge o recurso de agravo que, seguindo GUEDES (2009):

“Do exame detido das Ordenações de D. Manuel, deflui que, se até as Afonsinas, **o termo ‘agravo’ designava o gravame causado à parte**, a partir das Ordenações Manuelinas, embora não tenham sido eliminadas as confusões terminológicas acerca do vocábulo, **ocorre uma inversão de linguagem pela qual o mal passa a designar o remédio específico**” (GUEDES, 2009, p. 229. grifo nosso.)

São criados no processo lusitano três espécies de agravo: a) agravo de petição, com efeito suspensivo; b) agravo por estormento ou carta testemunhável e; c) agravo no auto do processo.

As Ordenações Filipinas sucederam as Manuelinas. Concluídas no ano de 1595 passaram a produzir efeitos no ano de 1603. Vigeram em Portugal por mais de dois séculos. Em relação à recorribilidade das decisões interlocutórias não houve inovações e manteve-se as três modalidades de agravo para atacar decisões interlocutórias.

No Brasil, no âmbito da legislação cível, as Ordenações Filipinas permaneceram aplicáveis até o advento do Código Civil de 1916. No âmbito do direito processual, foram aplicadas “até 1890 – ao menos oficialmente, quando então se determinou a aplicação do Regulamento 737/1850 ao processo civil e comercial” (GUEDES, 2009, p. 231).

Ainda que em 1822 o Brasil tenha se emancipado em relação à metrópole portuguesa, a herança jurídica lusitana permaneceu e ainda se vê presente nos dias atuais, de sorte que o direito brasileiro herdou e mantém noções, conceitos e nomenclaturas.

1.2. O agravo de instrumento no direito brasileiro: breve análise dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 quanto ao cabimento do recurso.

Considerando que a legislação processual brasileira toma caráter e contornos próprios a partir do rompimento com Portugal, a doutrina processualista adota a delimitação história por fases.

Nesse sentido, ao tecer considerações sobre as fontes do processo civil brasileiro, DINAMARCO (2016), divide o seu desenvolvimento em 8 (oito) fases históricas, que seriam mais ou menos delimitadas entre si.

Temos a primeira fase logo após a independência brasileira de Portugal, em 1822. Manteve-se em vigor as Ordenações Filipinas, portuguesas, até o advento de uma legislação nacional. A segunda fase consiste na Consolidação Ribas, em 1876, que consolidou em um só documento todas as leis que haviam alterado as Ordenações Filipinas.

A terceira fase tem fundamentação no Regulamento nº 737, de 1850, editado pelo Governo Imperial brasileiro para fins de regulamentar os processos judiciais comerciais. Durante a República, já em 1890, as disposições do Regulamento passaram a ser aplicadas aos processos cíveis em geral.

A quarta fase refere-se aos Códigos Estaduais. A partir da Constituição brasileira de 1891 os Estados passaram a ter autonomia legislativa para editar seus próprios Códigos de Processo. Segundo DINAMARCO (2016):

“[a] Constituição Republicana de 1891 ao estabelecer a competência legislativa concorrente da União e dos Estados para legislar sobre o processo. Essa fase não durou muito nem foi de bom nível a maioria dos Códigos estaduais que chegaram a ser editados – e a doutrina costuma realçar o bom nível somente dos Códigos da Bahia e de São Paulo” (DINAMARCO, 2016, pp. 33-34)

A quinta fase tem início em 1939, com a vigência do primeiro Código de Processo Civil de âmbito nacional, editado em razão da avocação da competência para legislar sobre o processo levada a efeito pela Constituição de 1934.

A sexta fase tem início em 1974, em razão da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. A sétima fase consiste nas reformas do Código de 1973, levadas a cabo nos anos de 1994-1995, 2002 e 2005. Segundo DINAMARCO (2016):

“Essas foram as chamadas *Reforma do Código de Processo Civil* e *Reforma da Reforma*, seguidas das *Lei do Cumprimento de Sentença* de 2005, responsável pelo traçado de um novo perfil do processo civil brasileiro, um novo *modelo*. Das modificações que trouxe, a de maior magnitude sistemática foi a implantação de um *processo sincrético*” (DINAMARCO, 2016, p.34. grifos no original)

A oitava fase tem início com Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor em março de 2016. O Código de 2015 se alicerça na Constituição brasileira de 1988 valorizando princípios e garantias, além de enfatizar os meios alternativos para a solução de conflitos.

1.2.1. O agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1939.

Tomaremos como marco inicial para análise do agravo de instrumento a aludida quinta fase, na divisão proposta por DINAMARCO (2016) pois foi a partir da edição do Código de Processo Civil de 1939 que se deu contorno unificado, de âmbito nacional, ao direito processual civil brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1939 continha três modalidades do recurso de agravo: a) o agravo no auto do processo, cujo objetivo era evitar preclusão de uma decisão interlocutória; b) o agravo de petição, cujo objetivo era impugnar decisões que extinguissem o processo sem julgamento do mérito e; c) o agravo de instrumento, cujo objetivo impugnar determinadas decisões interlocutórias.

Segundo CORRÊA (2001), o artigo 842 limitava a 17 (dezessete) as situações em que cabia o agravo de instrumento e o artigo 851 trazia outras decisões interlocutórias agraváveis por meio de agravo no auto do processo. Um sistema simples. O agravo de petição cabia contra qualquer decisão que desse fim ao processo sem julgamento do mérito e contra algumas interlocutórias mistas.

O agravo de instrumento, no Código de Processo Civil de 1939 constava no Livro VII, que tratava dos recursos, especificamente no Título IV, que indicava as modalidades de agravo:

“Art. 841. Os agravos serão de **instrumento**, de petição, ou no auto do processo, podendo ser interpostos no prazo de cinco (5) dias (art. 28).”
(grifo nosso)

Em sua redação original, para a interposição do agravo de instrumento, a situação deveria estar prevista em legislação especial ou em um dos casos previstos na legislação processual, sendo o rol taxativo, na forma do artigo 842:

“Art. 842. Além dos casos em que **a lei expressamente o permite**, dar-se-á **agravo de instrumento das decisões**;
I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;
II – que julgarem a exceção de incompetência;

- III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;
- IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem;
- V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade;
- VI – que ordenarem a prisão;
- VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;
- VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;
- IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;
- X – que decidirem a respeito de êrro de conta;
- XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens;
- XII – que anulem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;
- XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;
- XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas;
- XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;
- XVI – que negarem alimentos provisionais;
- XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.” (BRASIL, 1939. grifo nosso)

A justificativa para a limitação do cabimento do recurso de agravo de instrumento pode ser encontrada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, subscrita por Francisco Campos:

“Permitir os recursos em todos os casos em que se alegue estar errado o julgamento cem relação à aplicação de regras, sejam ou não tais erros de natureza a se supôr que tenham afetado o julgamento, acarretará males desproporcionados aos benefícios que se podem verificar em casos relativamente raros. **Abre a porta ao uso do direito de recorrer simplesmente com propósitos protelatórios**, e aumenta as despesas do pleito, o que tudo trabalha em desfavor da parte fraca” (BRASIL, 1939, p.7. grifo nosso).

Justificou-se, portanto, a limitação do cabimento de recursos, como o agravo de instrumento, em razão da morosidade nos julgamentos e, também, no que se considerou como excessivo apego à forma, de sorte que se buscou evitar que por erros procedimentais, pudesse haver interminável revisão das decisões. Nesse sentido:

“O princípio seguido [na lógica processual anterior] foi, numa palavra, o de que a presunção de qualquer erro, por mais leve, ocasional e sem

importância, deve ser considerado capaz de causar dano e de servir de fundamento ao recurso para tribunal superior e, em alguns casos, a novo julgamento. **O resultado tem sido multiplicarem-se os recursos e fazer-se com que estes se fundem antes em matéria de processo do que na lei substantiva.**” (BRASIL, 1939, p. 7. grifo nosso)

O agravo de instrumento previsto no Código de Processo Civil de 1939, não suspendia o processo (art. 843) e inaugura a forma procedimental de processamento em autos apartados daqueles submetidos ao juízo *a quo*.

Na vigência do Código de 1939, o agravo de instrumento era o recurso cabível contra decisões as interlocutórias especificadas no artigo 842 ou em legislação específica, rol taxativo, o que como será visto, foi alvo de inúmeras críticas.

1.2.2. O agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1973.

O Código de Processo Civil de 1973 inaugura a sexta fase histórica do processo civil, segundo a divisão proposta por DINAMARCO (2016). Em razão das reformas posteriores, nos anos de 1994-1995, 2002 e 2005, o citado autor reconhece uma sétima fase.

O Código de 1973 altera o sistema recursal do código anterior. Na exposição de motivos do código, subscrita por Alfredo Buzaid, ficou registrado que em razão do rol taxativo que determinava as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, a prática forense acabou por encontrar meios para combater decisões interlocutórias não previstas na legislação:

“15. Outro ponto é o da irrecurribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar **esdrúxulas formas de impugnação**. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança. **Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias.** É mais uma exceção. O projeto a introduziu para ser **fiel à realidade** da prática nacional.” (BRASIL, 1973, p. 19. grifo nosso)

Do mesmo modo, na exposição de motivos, justifica-se a alteração do sistema de recursos em razão de defeitos de origem terminológica e de da quantidade excessiva de meio de impugnação de decisões:

“26. Não poderíamos encerrar esta Exposição de Motivos sem uma análise aprofundada do **sistema de recursos, a fim de justificar a inovação preconizada pelo projeto**. O direito brasileiro se ressentia, entre outros, de dois defeitos fundamentais: **a)** sob o aspecto **terminológico**, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; **b)** sob o aspecto sistemático, uma **quantidade excessiva** de meios de impugnar as decisões.” (BRASIL, 1973, p. 26. grifo nosso)

Para CORRÊA (2001), a tarefa era de uniformizar a Teoria Geral dos Recursos, fundindo alguns, atendendo a razões práticas e, também, suprimindo outros. Uma forma de simplificar e adotar o rigor da ciência jurídica ao direito processual brasileiro. Nessa esteira, das modalidades anteriores de agravo foram excluídos do Código de 1973 o agravo de petição e o agravo no auto do processo.

Quanto ao agravo de instrumento, este permaneceu no Código de 1973 e em sua redação original, estabelecia que era o recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. Buscava-se, ao contrário do código anterior, a ampla recorribilidade das decisões. Nos termos do artigo 522, na sua redação original:

“Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, **de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento**.

§1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.” (grifo nosso)

Entretanto, antes mesmo de entrar em vigor, o texto foi alterado por meio da Lei Federal nº 5.925 de 1º de outubro de 1973:

“Art. 522. Ressalvado o disposto nos artigos 504 e 513, **das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento**.

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.” (grifo nosso)

Nos termos do §1º a parte agravante poderia requerer que o agravo ficasse retido nos autos para ser apreciado como preliminar em julgamento de eventual apelação. Conviviam, portanto, o agravo de instrumento e o agravo retido, sendo faculdade da parte escolher qual modalidade interpor.

Na sistemática processual originalmente delineada pelo Código de 1973, o agravo de instrumento era interposto perante o juízo de 1º grau, que proferiu a decisão atacada. Como regra geral, o agravo de instrumento não era dotado de efeito suspensivo, salvo diante das situações excepcionais delineadas no artigo 558, em suas várias redações:

Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remissão de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido. (Redação original)

Art. 558. O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, a adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 1995)

Conforme já exposto, ainda na vigência do CPC/1973, o instituto passou por relevantes alterações, com o advento das Leis n.º 9.139/95 e 11.187/05.

A Lei nº 9.139/95 alterou o *nomen iuris* do instituto, estabelecendo o termo “agravo” como gênero, que comporta espécies, a saber: o agravo retido e o agravo de instrumento. Altera, também, o procedimento de interposição do recurso, que passa a ser diretamente junto ao juízo *ad quem* (Tribunais).

Por fim, estabeleceu-se a obrigatoriedade de o agravo ser na modalidade retida, quando interposto contra decisões posteriores a prolação da sentença. Tal procedimento era o mesmo adotado no agravo no auto do processo.

Nesse ponto, segundo LIMA (2012):

“A lei nº 9139 de 30.11.1995, publicada no Diário Oficial da União – DOU, em 1.12.95, vigorando sessenta dias após a sua publicação, colocou em desuso os artigos 522 e 594 do Código de Processo Civil, dando nova sistemática, tanto ao agravo de instrumento quanto ao retido, **que outra coisa não é senão o antigo agravo no auto [do] processo**”. (LIMA, 2012, p.82. grifo nosso)

A Lei Federal nº 11.187/05, por seu turno, promoveu reformulação mais profunda. Alterou, principalmente, a dinâmica do recurso que passa ter a espécie retida como regra geral. O agravo de instrumento passa ser cabível em situações excepcionais: a) quando houvesse risco de lesão grave e de difícil reparação; b) nos casos de inadmissão do recurso de apelação e; c) nos casos relativos aos efeitos em que a apelação era recebida.

A redação do artigo 522 dada pela Lei Federal nº 11.187/05 mais uma vez limita o cabimento do agravo de instrumento:

“Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.” (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

A partir dessa nova sistemática, havendo a interposição do recurso fora das hipóteses legais previstas, caberia ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, que seria apreciado em eventual recurso de apelação. Tal alteração buscou maior celeridade à marcha processual.

Conforme LIMA (2012):

“Vê-se que o legislador procura, a todo custo, com suas modificações a celeridade processual. É notório, embora o majestoso esforço dos legisladores, que, enquanto não houver uma mudança na estrutura do Poder Judiciário, que desemperre a máquina judiciária e, ainda, conscientize alguns magistrados para que entendam que são agentes públicos compromissados com a lei, e não, com o ‘tudo eu posso’, as reformas serão apenas paliativas” (LIMA, 2012, p. 85)

Como se vê, mais uma vez se movimentou o pêndulo, que ora aponta para o amplo cabimento e recorribilidade das decisões interlocutórias e ora aponta para o seu inverso, com a limitação legal das hipóteses recursais.

A intenção do legislador quando da redação do Código de Processo Civil de 2015 foi a de limitar as hipóteses de interposição do agravo de instrumento sob a premissa de que tal redução acarretaria maior celeridade processual.

2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: Interpretação do rol do artigo 1.015.

O Código de Processo Civil de 2015 foi instituído pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, e alterou sobremaneira a sistemática anterior. O Código de 1973 vigorou por mais de duas décadas passando, a partir dos anos 1990, por significativas transformações.

Na exposição de motivos, subscrita pela comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do que viria se tornar o Código de 2015, aduz que “o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC” (BRASIL, 2015, p. 24).

A partir da necessidade de alterações na sistemática processual, em razão das próprias transformações sociais, foi natural que a codificação anterior se tornasse menos funcional e, conseqüentemente, menos eficiente.

A comissão de juristas reconhece que a legislação revogada continha diversos problemas, entre eles, a complexidade do sistema recursal. Se originalmente o Código de 1973 continha uma sistemática simples, após sucessivas reformas pontuais acabou por se tornar muito mais complexo. (BRASIL, 2015, p. 25)

O Código de 2015 inovou o sistema como um todo. Houve, por exemplo, alterações substanciais em relação aos prazos, que passaram a ser contados em dias úteis (art. 219) e, em relação aos prazos recursais, estes foram uniformizados em 15 (quinze) dias. O Agravo Retido foi excluído do sistema recursal assim como os Embargos Infringentes, que foram convertidos em técnica de julgamento.

O intuito da nova legislação é garantir preceitos constitucionais, dar maior celeridade ao processo, privilegiar métodos alternativos de solução de conflitos, dar primazia às decisões dos tribunais superiores, concentrar atos processuais e etc.

Em tese, a limitação da possibilidade de recorrer das decisões interlocutórias ajudaria, na nova sistemática inaugurada, a garantir maior celeridade ao processo de conhecimento.

Deixando de existir o agravo na forma retida, o Código de 2015 é explícito ao garantir que as questões controvertidas que não se submeterem ao agravo de instrumento não precluem e poderão ser suscitadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões:

“Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito **não comportar agravo de instrumento**, não são cobertas pela **preclusão** e devem ser suscitadas em **preliminar de apelação**, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas **contrarrazões**.” (grifo nosso)

O agravo de instrumento, por sua vez, foi mantido no Título II, referente aos recursos, Capítulo III, do agravo de instrumento, artigo 1.015, com a seguinte redação:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento **contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:**

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - **outros casos expressamente referidos em lei.**

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” (grifo nosso)

O Código de 2015, portanto, adequa o sistema de preclusão das decisões interlocutórias de modo a harmonizá-lo com a diminuição das hipóteses de cabimento.

Ademais, o código mantém a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento (art. 1.019, inciso I) e, em relação aos documentos essenciais à interposição do recurso, inova ao determinar que sendo os autos eletrônicos, não há necessidade de juntada de cópia das peças essenciais mas tão somente daquelas que o agravante entender úteis para a compreensão da controvérsia (art. 1.017, § 5º).

A redação do *caput* do artigo 1.015, leva ao entendimento que o cabimento do agravo de instrumento se limita às situações enumeradas nos incisos de I a XIII. São onze possibilidades enumeradas, visto que o inciso XII, que se referia à conversão da ação individual em ação coletiva, foi vetado e o inciso XIII remete a disposição legal que declare que contra a decisão proferida é cabível o agravo de instrumento.

A despeito da literalidade do disposto no artigo 1.015 e seus incisos, que trazem situações definidas para o cabimento do agravo de instrumento, a doutrina passou a vislumbrar e propor formas alternativas para impugnar decisões interlocutórias.

Em síntese, formaram-se três correntes acerca da interpretação a ser conferida ao artigo 1.015: 1ª) o rol seria taxativo e sua interpretação, restritiva; 2ª) o rol seria taxativo, mas as hipóteses poderiam ser interpretadas de forma extensiva; e 3ª) o rol seria exemplificativo.

2.1. As posições da doutrina acerca da interpretação do artigo 1.015.

Considerando a redação final do artigo 1.015, parte da doutrina se posicionou pela taxatividade do rol nele contido. Ainda que o inciso XIII remeta a outras disposições legais, seria certo que deveria haver lei que permitisse o seu cabimento. Nesse sentido, o dispositivo legal deve ser interpretado de forma restritiva.

Um dos argumentos para essa leitura consta nos registros da tramitação do projeto de lei que viria a se tornar o Código de 2015, PLC 8.046/2010 (Câmara dos Deputados) e PLS 166/2010 (Senado Federal).

Os legisladores teriam optado, após discussões sobre o projeto de lei, pela taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Tal escolha pode ser

vislumbrada na redação do Parecer nº 956, de 2014, elaborado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil, do Senado.

Ao tecer considerações sobre a Emenda nº 92, proposta pelo senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), que buscava ampliar as hipóteses de interposição do agravo de instrumento, a comissão assim aduziu:

“O objetivo desses ajustes seria afastar o regime da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, a fim de garantir que qualquer decisão interlocutória desafie esse recurso.

[omissis...]

Óbice regimental opõe-se à supracitada emenda. **A taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foi aprovada pelo Senado Federal** na forma do art. 969 do PLS. A Câmara dos Deputados apenas acresceu novas hipóteses e ajustou a redação de outras previstas pelo Senado Federal, mediante ajustes constantes do art. 1.028 do SCD. **Suprimir a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento é incorrer em inovação legislativa não autorizada nessa etapa derradeira do processo legislativo.**

[omissis...]

Rejeita-se, pois, a emenda em referência” (BRASIL, 2014. pp. 39/40. grifo nosso.)

Dessa forma, fica claro que o *mens legislatoris* era, de fato, determinar a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento, que restou limitado ao rol disposto no artigo 1.015, em situações esparsas que podem ser identificadas no próprio Código e, conforme determinação do inciso XIII, em outras leis que explicitamente permitam a interposição do recurso.

Parte da doutrina defendeu a taxatividade do rol em razão da intenção dos legisladores e, também, em decorrência da redação da própria lei. Não haveria a possibilidade de interpretação extensiva ou por analogia do disposto no artigo 1.015. Nos casos não discriminados no código ou em leis extravagantes, cogitou-se o mandado de segurança como meio para combater decisões interlocutórias.

Nesse sentido, BUENO (2014), em obra cujo objeto é o estudo comparativo dos projetos de lei da Câmara e do Senado, assim aduziu:

“Importante e substancial alteração proposta desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a tarifação dos casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento. **O objetivo é o de reduzir os casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, o**

que ganha ainda mais significado com a proposta de **extinção do agravo retido**.

[omissis...]

A respeito da pergunta – que já vem sendo formulada – sobre **o que fazer diante de uma decisão interlocutória não prevista como agravável de instrumento** pelos precitados dispositivos, a resposta parece ser, a uma só voz, a de que ela será impugnável por **mandado de segurança contra ato judicial**. É ver se o rol projetado, mormente o da Câmara, mais extenso, corresponde efetivamente às necessidades do dia a dia do foro.” (BUENO, 2014, p. 487. grifo nosso)

Do mesmo modo, BECKER (2017) ressalta a mudança de orientação levada a cabo pelo legislador no Código de 2015. Ressalta que mesmo que “bastante amplas, todas as situações descritas no CPC/15 são **objetivas**, levando a uma **mudança de paradigma** quanto ao uso do agravo de instrumento.” (p. 240. grifo nosso.)

Para o citado autor, ainda que o inciso XIII estabeleça que leis específicas possam prever o cabimento do recurso, ainda assim não se retira a taxatividade do rol “na medida em que não se confere poder discricionário ao magistrado para verificar, diante de conceitos vagos, se é o caso ou não de decisão agravável” (BECKER, 2017, p. 240).

Em relação à apreciação de cabimento do recurso, pelos magistrados, fora das hipóteses estabelecidas, BECKER (2017) fez um alerta:

“A criatividade pode levar, e tem levado, a muitas outras situações. Daí se pergunta: o Superior Tribunal de Justiça deverá regulamentar todas as situações em sede recurso especial repetitivo para evitar o problema da identificação da preclusão?

Certamente, **a intenção do legislador não foi deixar esse espaço interpretativo de um rol normativo**, notadamente porque, quando quis fazê-lo, o fez de forma expressa, liberando o intérprete a estender hipóteses previstas em lei.” (BECKER, 2017, p. 245. grifo nosso)

Em sentido diverso, há autores que defendem a taxatividade do rol do artigo 1.015, porém com a possibilidade de interpretação extensiva.

CÂMARA (2017), compreende o agravo de instrumento como sendo o recurso cabível para impugnar decisão interlocutória proferida por juízo de primeira instância, que se enquadre no rol disposto no artigo 1.015 ou em situação prevista em alguma outra lei.

Para o citado autor o artigo 1.015 estabelece um rol taxativo “**mas não exaustivo**, já que há uma cláusula de encerramento no inciso XIII que prevê a possibilidade de outras disposições legais preverem outros casos de cabimento de agravo de instrumento” (CÂMARA, 2017, p. 527. grifo nosso).

Nesse sentido, entende que “taxatividade não se confunde com a vedação à interpretação, a qual, muitas vezes, **não poderá ser literal**, sob pena de ser construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico” (CÂMARA, 2017, p. 530. grifo nosso).

A interpretação do disposto no artigo 1.015, sob esse prisma, poderia ser feita de forma extensiva visto que “os casos de cabimento do agravo de instrumento estão previstos em rol taxativo, mas que **admite interpretações que se afastam de sua literalidade**” (CÂMARA, 2017, p. 530. grifo nosso).

Haveria, por exemplo, a possibilidade do juízo interpretar os incisos do artigo 1.015 de forma a contemplar situações especificadas em lei, porém, a *contrario sensu*. Segundo CÂMARA (2017):

“não há sentido em admitir agravo de instrumento contra a decisão que revoga o efeito suspensivo anteriormente deferido aos embargos do executado [inciso X do artigo 1.015] e não admitir a interposição dessa mesma espécie recursal contra a decisão interlocutória que *indefer* a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do executado” (CÂMARA, 2017, p. 529. grifo nosso)

A interpretação extensiva conforme BECKER (2017) *apud* BUSTAMANTE (2007) deve se manter “dentro dos limites semanticamente estabelecidos pelo texto objeto da interpretação” e não criar hipóteses, sentidos ou extrapolar significados semânticos inexistentes no texto legal.

Em relação ao manejo do mandado de segurança para combater decisões não previstas no código ou em lei, conforme acima mencionado, BECKER (2017) entende não ser possível visto que, a pesar da decisão interlocutória não ser recorrível de imediato, poderá ser revista como preliminar de apelação, nos termos do §1º do artigo 1.009. Adverte, ainda, que a utilização do mandado de segurança fora de situações excepcionais “implicaria numa subutilização de uma garantia constitucional, rebaixando o mandado de segurança a mero sucedâneo recursal” (BECKER, 2017. p. 250).

DIDIER Jr. (2017) defende a possibilidade de interpretação extensiva do rol contido no artigo 1.015. Para o autor, ainda que o rol seja taxativo, não se mostra

incompatível com a interpretação extensiva, sendo esta possível para todas as hipóteses elencadas no artigo.

O autor informa que no sistema brasileiro são vários os exemplos em que a enumeração taxativa é interpretada de forma extensiva, tal como a lista de serviços utilizada para a incidência o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Essa listagem, taxativa, comporta interpretação extensiva para abarcar serviços congêneres, de mesma natureza, mas com outra denominação. Não se amplia o rol mas admite-se a inclusão de outros serviços, de mesma natureza. Tal mecanismo também se aplicaria às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Para o autor, se “não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária” (DIDIER Jr., 2017, p. 211).

Há autores que defendem que o rol do artigo 1.015 é meramente exemplificativo.

FERREIRA (2017) ao refletir sobre as posições da doutrina acerca da taxatividade do rol do artigo 1.015 e das possibilidades de interpretação, aduz que há um erro de premissa na fundamentação de ambas os posicionamentos. Para o autor há:

“um equívoco comum que parece estar sendo cometido, é a precipitação na criação de pelo menos duas correntes, uma defendendo que a enumeração legal indica **taxatividade** e não cabendo agravo somente há que se ralar em apelação e se houver urgência deve ser admitida a impetração de mandado de segurança, enquanto outra corrente vem apresentando o que parte da doutrina denomina de ‘analogia’, procurando diante de situações de inutilidade da apelação identificar ‘similitudes’ indutoras da **leitura ampliativa** das hipóteses legais de cabimento, como, por exemplo, rejeição de preliminar de incompetência ser analogicamente identificada à hipótese de rejeição da alegação de convenção de arbitragem (art. 1.015, III).”
(FERREIRA, 2017, p. 197. grifo nosso)

Para o autor, com fulcro na interpretação sistêmica do Código de 2015 o que deve ser analisado para o cabimento do recurso é a presença do interesse recursal e a inutilidade de impugnação futura da decisão em preliminar de apelação.

Nesse sentido:

“No sistema processual civil brasileiro, do CPC/2015, optou-se pela recorribilidade integral das interlocutórias, somente variando o recurso, agravo de instrumento ou, residualmente, apelação.

Logo, algo que não pode ser esquecido é que para todo recurso impõe-se **interesse recursal**, sendo este não apenas um **requisito** do recurso sem o qual não é admissível, mas também é um **direito** do recorrente em relação ao Estado, uma vez identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do Julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988.

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, **não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento.**

Em outras palavras, há uma **taxatividade fraca [...]**”. (FERREIRA, 2017, p. 199. grifo nosso).

Quanto ao manejo do mandado de segurança, o autor aduz que é de adoção residual, quando não se encontra na sistemática recursal uma solução para evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Ainda, a competência para o julgamento do mandado de segurança é definida nos regimentos internos e pode ser diferente da competência recursal, o que “que cria um sistema não econômico, ineficiente e, sobretudo, com possibilidade de violar o juiz natural, pois os julgadores da ‘decisão interlocutória’ não serão os julgadores da causa.” (FERREIRA, 2017, p. 195)

Nas três posições doutrinárias apresentadas acerca do rol do artigo 1.015 (o rol seria taxativo e sua interpretação, restritiva; o rol seria taxativo, mas as hipóteses poderiam ser interpretadas de forma extensiva; e o rol seria exemplificativo) evidencia-se a preocupação com a utilização subsidiária do mandado de segurança para combater decisões interlocutórias em situações não elencadas.

Conforme já exposto no presente trabalho, a experiência do Código de 1939 com a taxatividade e rigidez das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento ao invés de promover a celeridade processual, pelo contrário, aumentou o volume de processos nos Tribunais visto que outros meios alternativos de impugnação foram “construídos” pela prática forense, como a correição parcial e o mandado de segurança, que retorna, como visto, a ser cogitado como meio de impugnação.

3. A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ARTIGO 1.015.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ enfrentou o tema e por meio de julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396 e nº 1.704.520, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 988), admitiu a interposição do Agravo de Instrumento em situações não previstas na legislação, sob o entendimento de que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada, ou seja, adotou-se uma quarta via, alternativa às soluções previamente indicadas.

O voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, em primeiro lugar afasta a possibilidade de interpretação restritiva do rol do artigo 1.015 em razão da impossibilidade de o legislador prever no texto legal todos os pronunciamentos judiciais agraváveis. A realidade é sempre mais diversa e complexa que a lei. Não é possível, portanto, antever todas as hipóteses em que uma decisão interlocutória deva ser submetida, de imediato, ao crivo do 2º grau de jurisdição. Nisso, a própria história do Direito demonstra conferiu valiosa lição, conforme verificado no presente estudo.

Em segundo lugar, afasta a possibilidade de interpretação extensiva ou por analogia já que inexistente parâmetro seguro e isonômico para determinar os limites que devem ser estipulados quando da interpretação de cada uma das hipóteses elencadas. Ademais, da mesma forma que a interpretação restritiva não abarca a totalidade da realidade, a interpretação extensiva ou analógica também não o faria.

Por fim, afasta a possibilidade de interpretação do rol do artigo 1.015 ser meramente exemplificativo já que contraria frontalmente aquilo que o legislador conscientemente buscou fundamentar na lei, que é a restrição do cabimento do agravo de instrumento.

Segundo a Ministra, o cerne do recurso de agravo de instrumento – que justifica a revisão de uma decisão interlocutória proferida em instância inferior ou outra, superior, é a urgência. Ou seja, a inutilidade do julgamento do recurso de forma diferida o que, no nosso sistema, ocorre como preliminar de apelação. Já tendo havido o irremediável prejuízo para a parte, ventilar a questão em preliminar de apelação torna-se inútil.

É o caso, por exemplo, da decisão interlocutória que indefere o pedido de segredo de justiça. Não sendo recorríveis de imediato, ainda que ventiladas em preliminar

de apelação ou contrarrazões, decisão posterior que reverta a decisão interlocutória será, claramente, inútil, já que todo o processo transcorreu de forma pública.

Também é o caso das decisões relativas à competência. Não se pode imaginar que todo o processo transcorra sob a tutela de um determinado juízo para que, somente após a apelação, seja reconhecida a sua incompetência. Anular todos os atos e refazê-los novamente perante o juízo competente seria uma afronta aos princípios da razoável duração do processo e, de outro lado, da boa-fé processual.

Não seria difícil imaginar que a parte, querendo se aproveitar da demora natural do processo, restasse silente sobre o juízo incompetente para que, somente na apelação ou contrarrazões, suscitasse a incompetência do juízo.

Segundo a Ministra, são situações como essas que, envoltas na urgência e não abarcadas pela taxatividade do Código que devem supridas pela interpretação do Poder Judiciário.

Em outro espeque, os recursos e quaisquer outros mecanismos processuais não podem ser analisados de forma isolada. Ao contrário, fazem parte um sistema, jurídico, que deve ser vislumbrado como um todo. O próprio Código de 2015 faz questão de determinar normas fundamentais, logo no artigo 1º, que estabelece a interpretação do sistema processual sob o prisma da Constituição da República.

É no texto constitucional que as normas processuais encontram seu fundamento de validade e dele não deve se afastar o intérprete. Do texto constitucional decorre, também, a competência do Superior Tribunal de Justiça para buscar a interpretação que melhor permita a ponderação e melhor funcionamento do sistema jurídico processual.

Com fulcro no requisito objetivo da urgência, consubstanciado pela inutilidade de julgamento posterior e na necessidade de interpretar o texto em consonância com a intenção do legislador, foi fixada a tese de que o rol do artigo 1.015 “possui uma singular espécie de **taxatividade mitigada** por uma cláusula adicional de cabimento [urgência], sem qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC” (Recurso Especial 1.696.396/MT, p. 45. grifo no original).

A adoção da interpretação, na forma da tese proposta, cria a necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Dessa forma, aberto o leque de hipóteses de cabimento

do agravo de instrumento, o sistema recursal se sujeita a possíveis anomalias. Um desses reflexos está no sistema de preclusão da recorribilidade das decisões.

Em caso de ausência de manifestação da parte em face de uma decisão interlocutória agravável – não pela literalidade do Código mas por uma construção jurisprudencial – poderia ocorrer a preclusão temporal. Ora, se dado à parte o direito de recorrer e esta não o faz no momento oportuno, ocorre a preclusão.

Em síntese, a problemática assim se resume: havendo a ampliação jurisprudencial das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento haverá, conseqüentemente, a preclusão imediata das decisões, em situações que as partes nem mesmo vislumbraram a possibilidade de recurso. Confiando no sistema taxativo eleito, posteriormente seriam surpreendidas pelo não conhecimento do tema em sede de apelação ou contrarrazões.

Entretanto, tal problemática é meramente aparente. O voto da Ministra Nancy Andrighi, nesse ponto, é didático.

A preclusão opera em três dimensões: temporal, lógica e consumativa. Em síntese, a primeira se caracteriza pela “perda de uma faculdade processual oriunda do seu não exercício no prazo ou termo fixados pela lei processual”; a segunda, decorre da “incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado” e; a terceira, “quando a faculdade processual já foi exercida validamente” (Recurso Especial 1.696.396/MT, pp. 47/48).

Aplicada a tese proposta em que a urgência é o requisito que mitiga a taxatividade do rol de cabimento do agravo de instrumento, nenhuma das espécies de preclusão se aplicaria.

Não ocorrerá a preclusão temporal pois se aplicada a tese da taxatividade mitigada, o que se opera é a antecipação do momento do reexame da decisão, de forma extraordinária. Não se altera o momento previsto para a impugnação da decisão que se dá quando da apelação ou contrarrazões.

Não ocorrerá a preclusão lógica visto que a decisão interlocutória combatida, fora do rol estipulado no artigo 1.015, se mantém imune à preclusão. Somente havendo a conduta ativa da parte é que a decisão será levada à apreciação do 2º grau. Caso contrário, a decisão se manterá em estado de espera, conferido pela própria lei.

Por fim, não ocorrerá a preclusão consumativa pois a decisão somente sairá do estado de inércia, suspensa a preclusão, se além da interposição do recurso houver, também, juízo confirmatório de admissibilidade. Ou seja, se houver a confirmação de que a questão deva ser reexaminada de imediato.

Ao final do voto, a Ministra tece considerações acerca do descabimento do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal, outro elemento bastante ventilado pela doutrina como um meio de revisão de decisões interlocutórias, no atual sistema do Código de 2015.

Mais uma vez a experiência conferida pela história do Direito se mostra valiosa. As experiências vividas nos sistemas propostos pelo Código de 1939 e pelo Código de 1973 demonstraram que a utilização do mandado de segurança dessa forma é uma anomalia ao sistema que mais prejuízos e confusão acarreta do que benefícios.

Na atual sistemática inaugurada pelo Código de 2015, a utilização do mandado de segurança como técnica de correção de decisões judiciais não se concilia com os princípios fundamentais do processo, que prima pela celeridade e por um todo sistêmico. Descabida, portanto, a sua utilização para combater decisões interlocutórias sob pena de causar enorme gargalo processual.

Basta verificar que a utilização do mandado de segurança:

“(i) implica na inauguração de uma nova relação jurídico processual e em notificação à autoridade coatora para prestação de informações; (ii) usualmente possui regras de competência próprias nos Tribunais, de modo que, em regra, não será julgado pelo mesmo órgão fracionário a quem competirá julgar os recursos tirados do mesmo processo; (iii) admite sustentação oral por ocasião da sessão de julgamento; (iv) possui prazo para impetração substancialmente dilatado; (v) se porventura for denegada a segurança, a decisão será impugnável por espécie recursal de efeito devolutivo amplo.”
(Recurso Especial 1.696.396/MT, pp. 53/54)

Ao final do julgamento, por maioria de votos (sete a cinco), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou a tese, nos termos expostos pela Ministra relatora: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”

E modulou-se os efeitos da tese jurídica ao determinar que “a tese jurídica somente se aplicará às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão”.

Considerações finais

O novo sistema processual brasileiro inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 buscou coadunar o processo civil com as normas constitucionais. Não se trata de mera tendência, mas de verdadeiro axioma – pedra fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

No período de transição e de aplicação efetiva da nova roupagem dada aos institutos jurídicos, muitos deles com origens nos séculos XVI e XVII, espera-se que surjam gargalos e divergências. É o que ocorreu com o agravo de instrumento.

Como ventilado no presente estudo, não houve uma verdadeira ruptura do sistema preconizado pelo Código de 1973, que passou por diversas adaptações ao longo do seu tempo de vigência. O Código de 2015 adequou as normas do processo civil ao modelo jurídico constitucional contemporâneo e à nova realidade técnica-funcional da nossa sociedade, altamente vinculada à rede de internet e ao espaço digital.

Daí a necessidade da doutrina em desenvolver soluções para a melhor aplicação da legislação. Trata-se de uma face da democracia em que os atores envolvidos buscam o aprimoramento das instituições, o que permite a melhor condução dos processos e resolução dos conflitos.

Em verdade, nas soluções indicadas pela doutrina acerca da interpretação a ser conferida ao rol do artigo 1.015, pouco se ventilou sobre fundamentos constitucionais ou mesmo sobre as normas fundamentais do processo, que estão logo no artigo 1º do novo Código.

As três correntes apresentadas, em maior ou menor escala, se fundamentaram nas experiências e na ciência jurídica desenvolvida sob a égide dos sistemas anteriores (Código de 1939 e Código de 1973). O prisma constitucional-sistêmico foi pouco abordado.

É claro que as experiências pretéritas formam e condicionam o modo de pensar e agir daqueles que trabalham com o Direito. Tanto é que parte da doutrina cogitou

ressuscitar o mandado de segurança como sucedâneo recursal – o que foi amplamente reconhecido como desastroso, nos termos do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial 1.696.396/MT.

Entretanto, é assim que ocorre em qualquer ciência. Thomas Kuhn (1997), já alertava, em 1962, que deve haver o rompimento de paradigmas para que haja verdadeiro avanço. No caso das ciências humanas aplicadas os paradigmas são paulatinamente substituídos e novas verdades e fundações são construídas sem que, necessariamente, se rompam todos os laços com o passado. É dessa forma que buscamos a noção de decisões terminativas e não terminativas no direito romano e as origens do recurso de agravo no direito português medieval.

O julgamento dos Recursos Especiais 1.696.396 e 1.704.520, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, outro moderno avanço em matéria de técnica de julgamento, nos permite vislumbrar um novo paradigma, um novo prisma que se pretende inculir, cada vez mais, na interpretação das normas e do sistema jurídico.

A decisão de que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada pela urgência se coaduna com os paradigmas atuais e, ao menos em tese, resolve grande parte dos problemas vislumbrados pela doutrina em relação à taxatividade das hipóteses de cabimento, fruto das experiências dos sistemas anteriores.

Entretanto, somente o passar dos anos e os novos desafios que virão poderão demonstrar se esse novo caminho é, de fato, o mais acertado para o atingimento real da finalidade dos processos judiciais, que é a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo agravo**. 4. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BECKER, Rodrigo Frantz. **O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento**. Publicações da Escola da AGU V. 9, n. 04, 2017. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2020>. Acesso em 02 abr. 2019.

BRASIL. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7 ed., Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 16 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Exposição de motivos**. Código de Processo Civil (1939). Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. LEI nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Exposição de motivos**. Código de Processo Civil (1973). Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária do Código de Processo Civil sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. **Parecer nº 956, de 2014**, Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.696.396/MT**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 19 dez. 2018. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ: . Disponível em <> Acesso em 15 mai. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)**. São Paulo: Saraiva. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3 Ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Atlas. 2017.

CORRÊA, Joel Machado. **Recurso de agravo: história e dogmática por mais de 500 anos**. São Paulo: Iglu, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 Ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 Edição Rev. e refor., São Paulo: Atlas. 2016.

FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias**. Revista de Processo n. 263, São Paulo: RT, jan. 2017. Disponível em <https://www.academia.edu/36054360/>. Acesso em 20 mai. 2019.

GUEDES, Clarissa. **A impugnação das decisões interlocutórias no direito lusitano**. Revista Eletrônica de Direito Processual – PEDP, vol. IV, 2009. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv>. Acesso em 10 mai. 2019.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5 ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **A Nova Lei do Agravo: implicações e implicabilidade**. São Paulo: Mundo Jurídico. 2012.

MIOTTO, Carolina Cristina. **A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Revista da UNIFEDE. Disponível em <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/135>. Acesso em 10 mai. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito Processual Civil**. V. único. São Paulo: Juspodium, 2016.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Samara Rodrigues Sena

Resumo: Este artigo apresenta-se como uma pesquisa qualitativa relacionada à proteção de dados pessoais de crianças, tendo como objetivo a realização de uma revisão bibliográfica do Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e Conselho e da legislação infraconstitucional vigente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira, Lei nº 13.709/18. As crianças são consideradas sujeitos de direitos pela Constituição Federal de 1988 e encontram-se em condição de maior vulnerabilidade. Frente a esta condição, é obrigação do Estado, da sociedade e da família zelar pelo cumprimento da proteção integral desses sujeitos. Após a realização da revisão bibliográfica, foi possível observar que os legisladores brasileiros adotaram medidas especiais para o tratamento de dados pessoais de crianças. Entretanto, a dispensa do consentimento dos pais ou responsáveis para fins de proteção de crianças, em casos especiais, pode ser excessivamente ampla e ambígua, provocando desafios interpretativos.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Crianças. Tratamento de Dados Pessoais.

Resumen: Este artículo presenta una investigación cualitativa relacionada con la protección de los datos personales de los niños, con el objetivo de llevar a cabo una revisión bibliográfica del Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Legislación infraconstitucional existente, ley general de protección de datos personales en Brasil, Ley No 13.709/18. Los niños son considerados sujetos de derechos por la Constitución Federal de 1988 y están en una condición de mayor vulnerabilidad. Ante esta condición, es obligación del Estado, la sociedad y la familia garantizar el cumplimiento de la protección integral de los niños. Después de la revisión bibliográfica, fue posible observar que los legisladores brasileños adoptaron medidas especiales para el tratamiento de los datos personales de los niños. Sin embargo, la exención del consentimiento para proteger a los niños, en casos especiales, puede ser excesivamente amplia y ambigua, lo que provoca desafíos interpretativos.

Palabras clave: Reglamento General de Protección de Datos. Niños. Tratamiento de datos personales.

INTRODUÇÃO

Com a necessidade de mudança da legislação brasileira para atender as inquietações geradas nos usuários de internet sobre a economia movida a dados, os legisladores brasileiros direcionaram suas atenções às reivindicações e propuseram uma

mudança na Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Visando a proteção da privacidade, identidade pessoal, liberdade e autodeterminação informativa, foi aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018 pelo Presidente da República, com mandato vigente à época, Michel Temer.

A Lei 13.709/2018 alterou o Marco Civil da Internet e dispôs sobre o tratamento de dados pessoais, até mesmo nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, objetivando tutelar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, além de proporcionar recursos para a regulação das fiscalizações das organizações.

Ademais, o legislador estabeleceu um sistema de proteção especial a crianças e adolescentes claramente inspirado na concepção de proteção integral, presente na Constituição Federal de 1988, por se encontrarem em fase especial de desenvolvimento físico, cognitivo, psíquico e social. Princípios constitucionais como o princípio da proteção integral, prioridade absoluta, igualdade entre crianças e adolescentes, do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e participação popular, passaram a orientar as ações nessa área.

Essa pesquisa será desenvolvida em três capítulos com a utilização da metodologia de revisão bibliográfica. No Capítulo 1 será abordado o processo de manifestação da proteção de dados pessoais, enfatizando o conceito de privacidade e proteção dados, além dos aspectos históricos internacionais e nacionais orientadores deste fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o segundo capítulo, será realizada uma abordagem ampla do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho referente à proteção das pessoas físicas no que se diz respeito ao tratamento de dados pessoais, esta considerada uma das normas mais importantes do direito europeu que configurou um novo modelo de privacidade. Além disso, será abordado o tema do tratamento de dados de crianças no RGPD europeu que contempla condições impostas ao consentimento de crianças em relação aos serviços de tratamento de dados pessoais prestados pela sociedade de informação, que devem ser

aplicadas por analogia a todos os outros casos que não estiverem expressos no Regulamento, garantindo o zelo ao princípio do melhor interesse do menor.

Por fim, no terceiro capítulo será apresentada a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira e a sua especial atenção no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

Serão abordados os fenômenos jurídicos responsáveis pela implementação de direitos e garantias fundamentais em prol da infância e da juventude no Brasil, bem como os conceitos de dados, tratamento de dados e processo de criação da autoridade certificadora responsável por implementar, zelar e fiscalizar o devido cumprimento da referida Lei.

Para efeito de conclusão deste artigo, será realizada uma análise sobre os efeitos da autorização da falta de consentimento de dados pessoais para a proteção de crianças em casos específicos.

1 A ORIGEM E A CONSOLIDAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Com o aumento da divulgação de fatos referentes à esfera privada do indivíduo em decorrência do emprego de técnicas e instrumentos tecnológicos na sociedade moderna (MENDES, 2014), a temática da privacidade passou a orbitar em torno das informações, especialmente para dar origem à disciplina de proteção de dados pessoais.

Sendo assim, na procura por uma construção de uma legislação consolidada a respeito do tema, importantes instrumentos legislativos internacionais e transnacionais foram observados.

Inicialmente, em 1890, Samuel Warren e Louis Brandeis produziram o “*The right to privacy*”, o primeiro artigo sobre privacidade no qual os autores fizeram denúncias sobre como os meios de comunicação invadiram os domínios da vida privada e doméstica das pessoas, buscando identificar na *common law* um direito à privacidade. (WARREN & BRANDEIS, 1890)

Em conformidade com a jurisprudência dos tribunais ingleses, Warren e Brandeis fundamentaram o direito à privacidade e relacionaram a sua proteção à inviolabilidade da personalidade, interrompendo com a ideia inicial de que a vida privada estaria relacionada à propriedade. (MENDES, 2014)

Em 1974, a Lei da Privacidade (*Privacy Act*) norte-americana ganhou visibilidade no cenário jurídico mundial por reger a ideia de direito geral à privacidade, desenvolvida por meio de uma construção jurisprudencial nos tribunais americanos. Diante do assunto, diversas preocupações acerca do risco que a evolução da informática poderia acarretar à sociedade, principalmente quanto ao uso e tratamento de dados pessoais, receberam destaque. (CASTRO, 2002)

Já em 1978, aconteceu uma mobilização social que teve como objetivo a criação da Lei Informática e Liberdades, estabelecendo logo após, a Comissão Nacional de Informática e Liberdades – CNIL.

Esta mobilização ocorreu depois da publicação do artigo “Safari – ou a caça aos franceses” pelo jornal francês *Le Monde*, que gerou grande comoção da população ao divulgar um projeto de tratamento informatizado de dados pessoais no âmbito governamental no qual um sistema nacional único aos cidadãos seria instituído com mais de cem milhões de fichas nominais que estariam arquivadas em pastas oficiais. (CASTRO, 2002)

Além disso, com o objetivo de contribuir para a consolidação de um conceito de privacidade ligado à proteção de dados pessoais, a Convenção n. 108 aprovada pelo Conselho da Europa em 28 de janeiro de 1981 estabeleceu as bases principiológicas para o processamento eletrônico de dados nas administrações públicas e nas empresas privadas, além de colaborar com a idealização da centralização dos bancos de dados em bancos nacionais e incluir a noção de fluxo transfronteiriço de dados. (MENDES, 2014)

A Diretiva 95/46/CE relativa à proteção de dados pessoais também foi um importante instrumento para esta contribuição, sendo aprovada em 1995 pelo Parlamento Europeu na tentativa de possibilitar a circulação de dados unicamente pela União Europeia de maneira limitada e equilibrar sua legislação. (CASTRO, 2002)

Ainda como referência do processo de evolução do conceito de privacidade, o julgamento da “Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho”

pela Corte Constitucional alemã atribuiu à proteção de dados pessoais a ideia do direito subjetivo fundamental da personalidade, limitando o poder legislativo no sentido de que este direito não pode sofrer violação do seu núcleo fundamental. (MENDES, 2014)

O Tribunal alemão afirmou que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, o seu poder de determinar o fluxo de suas informações na sociedade, sofre grave ameaça pela possibilidade de obtenção e armazenamento de informações pessoais de forma ilimitada com a inadequada divulgação e utilização destas, que torna viável uma arrecadação de elementos informativos novos que tratam dos cidadãos a partir do tratamento de dados. (MENDES, 2014)

Neste contexto, a proteção de dados pessoais se desenvolveu a partir da associação de banco de informações pessoais e proteção à privacidade, alterando o conteúdo preexistente da temática direito à privacidade da qual emergiu a disciplina da proteção de dados pessoais no âmbito da sociedade de informação na busca pela tutela da personalidade dos indivíduos.

A partir deste momento, a proteção de dados passou a ser envolvida com o fenômeno da tutela jurídica coletiva desenvolvida por instrumentos legais próprios, organismos e redes especializadas, possuindo o indivíduo autonomia nas suas escolhas no controle dos seus dados pessoais. (BENNETT, 2006)

1.1 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a proteção de dados pessoais como um direito fundamental e autônomo, levando em consideração os riscos que o tratamento automatizado causa à proteção da personalidade de acordo com as garantias constitucionais de proteção da vida privada e intimidade do indivíduo, igualdade substancial, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. (DONEDA, 2019)

A Constituição Federal de 1988, fundamentada no artigo 5º, X, reconhece a inviolabilidade da esfera privada de um indivíduo, se referindo à vida privada e

intimidade da pessoa humana, diretamente ligada ao direito à privacidade de um sujeito de direito. (MULHOLLAND, 2012)

O referido artigo menciona tanto a proteção da esfera privada quanto íntima de um indivíduo, sendo que esta é tutelada contra intervenções externas, alheias e não solicitadas, protegida na medida em que não se permite, sem autorização do titular do dado ou informação, a sua divulgação. (MULHOLLAND, 2012)

A privacidade apresenta uma função sociopolítica, compreendendo o conceito de direito subjetivo fundamental que tutela a integridade moral do sujeito, garantindo a este a discricionariedade de combater à violação do que lhe é único (JUNIOR, 1993), e ainda, o desenvolvimento de sua personalidade e realização como sujeito.

O direito à privacidade é um elemento constitutivo da cidadania, bem como a dignidade, possuindo como objetivo a harmonização com o respeito à igualdade, afastando, portanto, interferências não desejadas na vida dos indivíduos e de suas disposições a fins mercadológicos. (RUARO, 2018)

Neste sentido, ao descrever uma sociedade com graves restrições à liberdade decorrentes de interferências, Daniel J. Solove (P.30) afirma:

A internet está criando novos e atormentadores malefícios para a privacidade, uma vez que deu às pessoas uma possibilidade sem precedentes de disponibilizar e disseminar ao redor do mundo informação umas sobre as outras. Para enfrentar estes problemas, precisamos repensar a privacidade para a era da Informação. Se falharmos, iremos nos deparar com severas limitações ao autodesenvolvimento agora e no futuro.

Sendo assim, a privacidade do indivíduo será maior à medida que for menor a propagação de suas informações pessoais (DONEDA, 2011) e para garantir que sob o tratamento de dados realizado pelas empresas incida este fenômeno, o Brasil adotou um regime legal de proteção de dados pessoais.

Entre os novos fundamentos para a abordagem da proteção de dados pessoais no país, se mantém uma referência objetiva entre a disciplina jurídica específica de dados e o nexo de continuidade com a disciplina do direito à privacidade. (DONEDA, 2019)

Para tanto, garantias que antes eram relacionadas apenas à privacidade passaram a ser atribuídas de uma forma mais abrangente no contexto de proteção de dados

peçoais, no qual outros interesses devem ser levados em consideração de acordo com os diversos meios de tratamento de dados.

Sendo assim, o conceito de direito à privacidade instrumenta uma proteção de dados sensíveis, do controle destes dados pelos seus titulares e respeito pelas escolhas peçoais que possuem um caráter existencial. (LEWICKI, 2003)

A Constituição Federal abrigou ainda no seu texto o direito à intimidade que se estabelece como uma margem disponível ao sujeito para filtrar as informações e dados peçoais que deseja ou não tornar públicos. (JÚNIOR, 2018)

Juridicamente, a concepção de intimidade é abordada em uma esfera discreta que somente pode ser frequentada pelo interessado. Neste âmbito pode circular toda informação que o indivíduo considera mais preciosa, sem correr o risco de invasões ou divulgações. (JÚNIOR, 2018)

Portanto, caso ocorra a divulgação indevida das informações alheias, haverá uma agressão à intimidade, ou seja, a intimidade será violada pela aquisição das notícias íntimas de forma ilegítima. (ANDRIGHI, 2010)

De acordo com o voto da Relatora Ministra Nancy Andrichi no Resp. nº 1.195.995 –SP:

A intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade.

A proteção de dados peçoais no País é interpretada igualmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana presente no ordenamento jurídico, visto que os dados peçoais são direitos de personalidade e pertencem ao rol de direitos fundamentais, carecendo, portanto, de atenção pelo Estado Democrático de Direito. (SARLET, 2015).

A dignidade da pessoa humana é um princípio de ordem social, política, econômica, cultural e jurídica, com densidade valorativa presente no sentido normativo-constitucional de sua aplicação, sendo dotado de valor supremo que unifica o conteúdo de todos os direitos fundamentais dos sujeitos de direitos, em todas as dimensões, não podendo reduzir-se apenas à defesa dos direitos peçoais tradicionais. (DA SILVA, 1998)

Este princípio garante ao sujeito uma vida minimamente saudável, proporcionando sua participação ativa, e consequentemente de responsabilidades, nos destinos da sua existência e de comunhão com todos os outros sujeitos que fazem parte de uma sociedade. (SARLET, 2015)

Contudo, analisando apenas sob o paradigma da Constituição Federal de 1988, não é possível garantir que será realizada uma tutela efetiva aos dados pessoais na dimensão que a importância do tema atualmente merece.

Na legislação infraconstitucional, com o intuito de suprir a necessidade de equilíbrio nas relações jurídicas no ambiente virtual no cotidiano do Direito brasileiro, em 2014, sobreveio a promulgação do Marco Regulatório Civil da Internet Brasileira (Lei nº 12.964/14), um microssistema de proteção do consumidor que utiliza os serviços de internet no Brasil, que tem despertado um maior interesse da doutrina e a complexificação da jurisprudência sobre o tema. (LONGHI, 2019)

Alguns pontos do texto da Lei 12.964/14 merecem especial destaque, e serão analisados sem a pretensão de exaurir o tema, apenas configurando uma introdução ao conteúdo referente à recente lei geral de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/18), que alterou e completou em seu texto a lei do Marco Civil.

O texto legal do Marco Civil apresenta um caráter principiológico e enunciativo de direitos civis e está baseado sobre um tripé axiológico: liberdade de expressão, privacidade e neutralidade. (LONGHI, 2019)

O princípio da neutralidade garante um tratamento igualitário a tudo que a rede transposta, sendo indiferente a natureza do conteúdo ou a identidade do usuário. A redação do texto do Marco Civil estabelece este princípio como operacionalizador do ideal de neutralidade na rede. (WU, 2012)

Com o objetivo de proteger a privacidade do usuário, ao longo do texto legal a privacidade se caracteriza por ser um princípio que garante a estrutura do ordenamento jurídico e não apenas pelo seu caráter enunciativo.

Ademais, o texto legal exhibe a preocupação do legislador em resguardar a liberdade de expressão, que se esbarra em limites ao exercício abusivo da prática. Sendo assim, a ideia de que para garantir a efetividade deste princípio seria possível o sacrifício de outros direitos fundamentais, não prevalece ao longo do texto do Marco Legal ao se

considerar que a liberdade de expressão não prospera como único valor a ser tutelado pelo sistema normativo que tutela a dignidade humana na sociedade da informação. (LONGHI, 2019)

Ainda tecendo inúmeras prerrogativas e garantias referentes à cidadania e ao direito fundamental à proteção de dados, um novo documento normativo foi instituído e alterou a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet).

A recém sancionada Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18 dispõe sobre a proteção de dados e tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de privacidade e liberdade, bem como o livre desenvolvimento da pessoa natural, com destaque para o estabelecimento de limites ao uso da Internet no Brasil, tutelando a privacidade e os dados pessoais, na forma da lei, instituindo sua fundamentação nos direitos fundamentais e na proteção da pessoa. (DONEDA, 2019)

Este instituto legal constitui a sua fundamentação de forma sólida nos direitos fundamentais e na proteção de dados pessoais, sendo possível verificar esta característica nos seus diversos mecanismos de tutela. (DONEDA, 2019)

Porém, a Lei 13.709/18 tem como alicerce o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia que estabelece regras a respeito do tratamento de dados pessoais com base nos direitos fundamentais de privacidade e liberdade, representando um passo necessário à integração da personalidade em sua acepção mais adequada e completa à Sociedade da Informação. (DONEDA, 2019).

2. O MODELO EUROPEU DE PRIVACIDADE

No dia 4 de maio de 2016 foi publicado no Diário Oficial da União Europeia o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho referente à proteção das pessoas físicas no que se diz respeito ao tratamento de dados pessoais, esta considerada uma das normas mais importantes do direito europeu que configurou um novo modelo de privacidade. (MAÑAS, CARO & GAYO, 2016)

O ponto de partida para a publicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu foi o aumento da utilização de dados pessoais em diversas atividades e a evolução do padrão digital desses dados que os tornaram elementos essenciais de uma movimentação do indivíduo com autonomia e liberdade em um Sociedade de Informação

(DONEDA, 2019), dando lugar a uma necessidade de reforma da Diretiva 95/46/CE que até então estava em vigor. (BUTTARELLI, 2016)

A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho tinha como objetivo a harmonização da defesa dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos no que diz respeito ao tratamento de dados e sustentar a livre circulação desses dados entre os Estados-Membros da União Europeia. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

Algumas desigualdades na execução e aplicação desta Diretiva proporcionaram consequências nos planos de proteção, gerando insegurança jurídica e a fragmentação do aproveitamento da proteção de dados pela União, impedindo a livre circulação desses dados pessoais, constituindo um obstáculo ao exercício da atividade econômica, assim como impossibilitando às autoridades o efetivo cumprimento de suas obrigações. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

Portando, a fim de assegurar o equilíbrio do direito à proteção de dados pessoais com todos os outros direitos fundamentais, a Diretiva 95/46/CE foi revogada e se estabeleceu o Regulamento Geral (EU) 2016/679.

O Regulamento Geral (RGPD) se aplica a todos os sujeitos na União Europeia e Espaço Econômico Europeu e tem como objetivo direcionar os indivíduos para uma efetiva proteção de seus dados pessoais e estabelecer normas relativas à livre circulação desses dados, além de padronizar e unificar a regulamentação sobre o tema. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

Diversas foram as mudanças que o Regulamento proporcionou ao ordenamento jurídico europeu. Todavia, uma das mudanças mais consideráveis imposta ao tratamento de dados na União Europeia foi a regulamentação da utilização de maneira responsável da informação por aquele que detém o dado, garantindo que o princípio da privacidade fosse reverenciado e consolidando a proteção de dados como um direito fundamental. (MAÑAS, 2016)

Ademais, em relação às crianças, o Regulamento inseriu condições de proteção de dados pessoais que devem ser aplicadas ao consentimento desses sujeitos em

relação aos serviços de tratamento de dados oferecidos pela Sociedade de Informação. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

2.1 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NO RGPD

As crianças recebem proteção especial quanto aos seus dados pessoais quando da utilização destes para criação de perfis de personalidade, comercialização e uso de serviços disponibilizados diretamente a eles.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia 2016/679, contempla condições impostas ao consentimento de crianças em relação aos serviços de tratamento de dados pessoais prestados pela Sociedade de Informação, que devem ser aplicadas por analogia a todos os outros casos que não estiverem expressos no Regulamento, garantindo o zelo ao princípio do melhor interesse do menor.

O artigo 8 do GDPR (sigla em inglês) visa assegurar o direito à privacidade no serviço de tratamento de dados pessoais. Para tanto, somente é considerado lícito o tratamento de dados quando o indivíduo dispuser de no mínimo 16 anos de idade, caso contrário, o tratamento será ilícito, salvo se houver o consentimento ou autorização do detentor do poder familiar. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

Contudo, o consentimento ou autorização do detentor do poder familiar não será necessário quando da realização de algum serviço preventivo ou aconselhamento oferecido diretamente a uma criança.

É importante salientar que os Estados membros da União Europeia possuem autonomia para estabelecer por lei uma idade inferior a 16 anos de idade para estes propósitos, todavia, não poderá ser inferior a 13 anos de idade, de acordo com o Regulamento 2016/679.

Ademais, além desta discricionariedade dos Estados membros, os responsáveis pelo tratamento de dados podem elaborar, modificar ou ampliar códigos de conduta com o objetivo de proporcionar informações, proteção e obter consentimento,

especificando o embasamento no Regulamento. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

Nessa trilha, deve-se observar ainda que quando o titular dos dados tiver consentido quando criança, sem conhecer todos os riscos inerentes ao tratamento de dados, e desejar suprimir esses dados pessoais quando adulto, terá este direito, exceto quando se revelar necessária à sua conservação.

O Considerando nº 65 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 trata sobre as exceções para o prolongamento da conservação dos dados pessoais, quais sejam:

...deverá ser efetuado de forma lícita quando tal se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, por razões de interesse público no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

A preocupação do Conselho Europeu não residiu apenas no consentimento, mas também em outras referências às crianças, como na correta aplicação do princípio da transparência considerando a posição especial dessas pessoas, não por uma dificuldade de compreensão da informação, mas de todo o processo de funcionamento do tratamento de dados e de suas consequências. A aplicação adequada deste princípio implica em oferecer mais informação, com objetivos tanto educativos quanto protetivos. (CORCHETE, 2016)

O princípio da transparência rege em particular qualquer informação que seja dirigida especificamente a uma criança, garantindo que o responsável pelo tratamento de dados tome as medidas cabíveis e necessárias para facilitar a comunicação, de forma transparente e de fácil acesso, ao interessado. (CORCHETE, 2016)

O tratamento da informação direcionada à crianças, objeto especial de atenção, deve sempre estar vinculado a uma promoção sensibilizada do público e a compreensão dos riscos, direitos, normas e garantias sobre este tratamento são de

responsabilidade da autoridade de controle em seu território. (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2016)

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA E O TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1 A IMPLEMENTAÇÃO DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROL DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO BRASIL

A proteção legal de crianças e adolescentes passou por diversas mudanças ao longo da história. Aspectos históricos internacionais como a vigência da Declaração Universal Dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, colaboraram para a formação do atual Direito da Criança e do Adolescente.

No Brasil, além destes aspectos, para a implementação de garantias e direitos fundamentais em prol da Infância e da Juventude, foram apresentadas diversas alterações no ordenamento jurídico como a substituição do paradigma da Situação Irregular vigente à época do revogado Código de Menores pela nova Doutrina da Proteção Integral retratada na Constituição Federal de 1988 e consolidada com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Vista salientar que o tratamento legal de crianças e adolescentes atual não guarda qualquer tipo de relação com as percepções medievais de infância, quando a criança e o adolescente não recebiam tratamento diferenciado dos adultos. (PORTO, 2019)

As crianças e os adolescentes possuem atributos de personalidade de pessoas que estão em fase de formação e desenvolvimento de suas potencialidades humanas adultas, diferentemente dos atributos da personalidade dos adultos, que se encontram em plenitude de suas forças.

Aos poucos, passaram a ser consideradas parte integrante de um novo sistema familiar, no qual o princípio da proteção integral se tornou alicerce.

Com o princípio da proteção integral, o objetivo do ordenamento jurídico do país passou a ser a garantia de que cada criança e cada adolescente possam ter os mesmos direitos fundamentais que cada brasileiro possui, e que, desde o seu nascimento, possa ter seu pleno desenvolvimento. (CURY; SILVA; MENDEZ, 2013). Segundo Amin (2008, p. 11) a doutrina possui “[...] uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”.

Entende Coelho (s.d., p. 13, apud CURY; SILVA; MENDEZ, 2013, p. 18) que:

[...] os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.

Para tanto, crianças e adolescentes são possuidores de um regime especial de salvaguardas por se encontrarem em condição de pessoas humanas em processo de formação, sob todos os aspectos, e de maior vulnerabilidade.

Machado (2003, p. 119) afirma que a condição de maior vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes:

[...] autoriza a *aparente* quebra do princípio da *igualdade*: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a *desigualdade de fato* e atingir a *igualdade jurídica material* e não meramente formal.

Para Machado (2003), não é apenas o fato de que crianças e adolescentes possuem características diferentes dos adultos que elas receberam um sistema jurídico de proteção especial. Se fosse assim, qualquer ser humano que possuísse características diferentes do *homo medio* poderia receber um tratamento do ordenamento jurídico que protegesse, em maior grau, seus direitos individuais.

A condição de maior vulnerabilidade é acrescida à diferente condição de que crianças e adolescentes possuem dos adultos, além de distingui-los de outros grupos de seres humanos que são diferentes da noção de homo medio.

É possível destacar que no Código de Defesa do Consumidor, a regulação das relações de consumo marcadas pelas tratativas entre fornecedores e consumidores considera, em regra, o consumidor parte vulnerável da relação contratual, o qual apresenta menor condição ou qualidade na relação de consumo, ou seja, pode sofrer lesões por parte do sujeito potencialmente mais forte da mesma relação. (MORAES, 2009)

Com a evidente preocupação jurídica em proteger o consumidor, o termo “vulnerável” é utilizado para harmonizar o princípio da liberdade contratual com a necessidade de desenvolvimento tecnológico, econômico e jurídico do país. Todavia, ao tratar de crianças e adolescentes consumidores, o termo “hipervulnerabilidade” ganha espaço e deve ser analisado com atenção para a compreensão do tema do presente artigo.

O prefixo “hiper”, do grego “hypér”, é utilizado para indicar excesso ou posição superior, que ao conferir nomenclatura especial ao termo “vulnerabilidade”, identifica o sujeito que se encontra em situação que supera a fragilidade. (SCHMITT, 2014)

Por isso, pela sua tenra idade e o contexto social fático e objetivo de agravamento da vulnerabilidade, aparentes ou conhecidas do fornecedor, crianças e adolescentes devem ser considerados, nas relações de consumo, sujeitos hipervulneráveis. (MARQUES, 2012)

A ideia fundamental da proteção integral à criança e ao adolescente, de que eles são atores sociais e possuem os mesmos direitos individuais e garantias fundamentais assegurados a todos os cidadãos, ou seja, são sujeitos de direitos e devem ter sua autonomia respeitada, foi apropriada para emergir uma tese favorável em determinado momento histórico (CÚSTODIO, 2008).

Com esse favorecimento, tornou-se possível conjugar necessidades emergenciais de caráter sociais aos elementos complexos que compreenderam mudanças de princípios, regras e valores, e estabelecer um convívio com a perspectiva emancipadora do reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente (CUSTÓDIO, 2008).

De acordo com SOUZA (2001), a doutrina da proteção integral disposta no artigo 227 da Constituição apresenta dois aspectos de discussão, ou seja, exibe tanto um lado positivo como também um lado negativo. Isto ocorre porque ao mesmo tempo em que determina a adoção de medidas favoráveis aos direitos humanos da criança e do adolescente, as reconhecendo como sujeitos de direitos merecedores de medidas para a fruição destes direitos, ordena restrições e limitações à intervenção que ameace, coloque em risco ou mesmo viole tais direitos humanos ligados à infância e à juventude, utilizando de medidas legislativas para que as medidas sejam eficazes.

O artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, por ser definidor de direitos fundamentais, possui aplicação imediata:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo delimita um objetivo a ser atingido pelo Estado na criação de Políticas Públicas voltadas à infância que possam assegurar às crianças e aos adolescentes os seus direitos essenciais. Ao mesmo tempo, declara o que foi almejado pela sociedade brasileira, que lutou pela garantia dos direitos fundamentais infanto-juvenis ao longo de alguns anos, na medida em que realiza o chamamento da família, da sociedade e do poder público, apontando a responsabilidade de todos eles em asseverar esses direitos, além de indicar a ideia de uma força propulsora de um novo tempo, possuindo como propósito a apropriação dos direitos humanos (SAUERBRONN, 2014).

A partir do momento em que o Texto Constitucional adotou os princípios da proteção integral, o Poder Público ficou investido de proteger todas as crianças e jovens de qualquer violência, negligência e opressão, os assegurando a proteção de seus direitos fundamentais (SAUERBRONN, 2014).

Mais recentemente, descortinou-se o fenômeno sociocultural da evolução digital que caracterizou o estabelecimento de uma lei, pelo Poder Público, que instituiu novos direitos e obrigações para a coleta, tratamento e compartilhamento de dados e as

regras de proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes receberam no texto, assim como outros pontos, uma posição de destaque.

3.2 A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, LEI Nº 13.709/18

Com a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia 2016/679, muitas empresas brasileiras precisaram se adaptar a uma nova realidade em razão da aplicabilidade extraterritorial da norma, e este fator atraiu a atenção dos legisladores brasileiros que iniciaram, em 2010, diversos debates no setor de proteção de dados. (CAMARGO, 2018)

Em 2018, alterando o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), foi aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com muitas semelhanças em relação à europeia, que dispõe sobre todos os meios de tratamentos de dados pessoais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, tutelando os direitos fundamentais de liberdade e privacidade da pessoa natural, e ainda, o seu livre desenvolvimento da personalidade. (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, 13.709/18)

Com o objetivo de assegurar a privacidade dos dados pessoais dos indivíduos e possibilitar um controle maior sobre estes dados, a LGPD estabelece regras objetivas e claras com relação aos processos de coleta, armazenamento e compartilhamento de informações pessoais, responsabilizando, administrativamente e civilmente, as pessoas físicas e jurídicas que tratem de dados sensíveis de pessoas naturais. (CAMARGO, 2018)

3.3 O CONCEITO DE DADOS PESSOAIS E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar do tratamento indistinto por grande parte da doutrina, os termos *dado* e *informação* possuem significados diferentes e merecem destaque para a abordagem do tema do presente artigo.

A expressão *dado* é utilizada para se referir a uma informação que ainda não foi transmitida, isto é, é uma espécie de informação adquirida sem que haja um processo

de elaboração ou interpretação daquilo que foi contraído. O termo *informação* implica na representação de determinados valores, presumida como fase inicial de redução da situação de incerteza, algo além do compreendido no conceito de *dado*. (DONEDA, 2019)

Ao se tratar de dados pessoais, o conceito compreende que estes são informações de identificação direta, não direta ou anônima, desenvolvidas por fatos conhecidos que possuem um significado e que podem ser registrados (AMADEU, 2015), referentes à pessoa natural (titular de dados), identificada ou identificável (BRASIL, 2018), os quais, processados por algoritmos, são capazes de diagnosticar e classificar usuários, limitando as suas possibilidades de escolha e manipulando seus valores, crenças e até mesmo as suas opiniões sobre os diversos aspectos que os norteiam. (FRAZÃO, 2018)

Esta limitação é possível devida à existência da categoria de dados pessoais sensíveis que são capazes de identificar, quando vinculados a uma pessoa natural, suas origens étnicas ou raciais, opiniões políticas, religiosas e filosóficas. Além disso, são passíveis de identificação os dados genéticos ou biométricos, bem como os sobre a vida sexual e saúde do indivíduo, interferindo diretamente em suas liberdades individuais e em seus direitos. (BRASIL, 2018)

De acordo com Doneda (2011), um dado pessoal deve possuir um vínculo objetivo com um titular de dados revelando algo sobre ele. Este vínculo menciona as ações e características pessoais deste indivíduo e informações derivadas de seus hábitos de consumo e opiniões expressas, afastando outras categorias de informações que não são consideradas pessoais.

Afirma Doneda (2006), conforme citado por Rodotà (1974), que a utilização de informações pessoais pelas entidades públicas e privadas são relacionadas aos fatores: eficiência e controle. Para o Estado, o acesso às informações pessoais da população garante uma administração pública eficiente e um controle social potencialmente totalitário sobre os indivíduos e o armazenamento destes dados configura os bancos de informações existentes no país.

Atualmente, no Brasil, existem inúmeros bancos de dados, dos mais variados setores, que foram instituídos ao longo do tempo. O aumento do número de dados pessoais coletados é um reflexo da burocratização dos setores públicos e privados do país,

além da ampliação do sistema industrial que apresenta maior complexidade (WESTIN, 1970), o qual há muito tempo exhibe evolução.

A partir do desenvolvimento de novos meios de processamento de dados, os indivíduos se tornaram vulneráveis à proteção de dados pessoais, pois se tratados de maneira indevida, apresentam uma ameaça ao direito à personalidade do sujeito. Isto ocorre quando possibilitado o armazenamento ilimitado de dados, bem como quando permitida a sua combinação de modo a desenvolver um retrato detalhado da pessoa, sem que ela tenha participado ou autorizado este processo. (MENDES, 2014)

Para asseverar um processamento de dados seguro no país, o artigo 5º, inciso X da Lei nº 13.709/2018, indica que o tratamento de dados refere-se ao cruzamento de informações por meio de qualquer operação de classificação, coleta, utilização, reprodução, distribuição, produção, armazenamento, avaliação ou controle da informação, difusão ou extração, arquivamento, comunicação, transferência, recepção, processamento, modificação, acesso, eliminação, transmissão, classificação (BRASIL, 2018) realizadas por pessoas jurídicas de direito privado ou público ou por pessoa natural, ou seja, abrange todas as formas de operações, sendo elas automatizadas ou não.

3.4 AUTORIDADE CERTIFICADORA

Inicialmente, a Lei Geral de Proteção de Dados sofreu algumas limitações do seu texto, incluindo o veto presidencial quanto à autoridade responsável por implementar, zelar e fiscalizar o devido cumprimento da referida Lei.

Entretanto, em maio de 2019, a Medida Provisória 869/2018 assinada pelo presidente Michel Temer em dezembro de 2018, foi aprovada pela Comissão Mista do Congresso Nacional, prevendo a criação da ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados. (AGÊNCIA SENADO, 2019)

De acordo com a Medida, a ANPD é um órgão da administração pública federal, que integra a Presidência da República e possui um conselho composto por cinco membros indicados pelo presidente com mandato de quatro anos.

Além disso, a Medida Provisória estabeleceu que o órgão é o responsável, sob pena de responsabilidade, dentre diversas competências, pela aplicação de sanções pelo

descumprimento da Lei, articulando sua atuação em cooperação com autoridades que possuem competência sancionatória e normativa. (AGÊNCIA SENADO, 2019)

Em conformidade a Medida Provisória nº 869/2018, o artigo 55-J da Lei de Proteção de Dados Pessoais atribuirá competências à ANPD, constituindo ao órgão a responsabilidade por

...zelar pela proteção; editar normas; deliberar sobre interpretações e competências; requisitar informações; registrar reclamações; fiscalizar e aplicar sanções; comunicar infrações penais e descumprimentos às autoridades e órgãos de controle interno; difundir conhecimento na sociedade; estimular padrões e elaborar estudos; cooperação internacional; realizar consultas públicas e oitivas de instituições; articular-se com a Administração, e; elaborar relatórios de gestão anuais.

No dia 8 de julho de 2019, com origem na Medida Provisória 869/2018, foi sancionada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro a Lei 13.853/19 que alterou a Lei 13.709/18 para dispor sobre a proteção de dados e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. (REDAÇÃO DO SENADO FEDERAL, 2019)

A nova lei estabeleceu a atuação da ANPD atribuindo a ela uma natureza transitória, podendo ser alterada em uma autarquia vinculada à Presidência da República após dois anos, caso o governa decida por esta mudança. (REDAÇÃO DO SENADO FEDERAL, 2019)

O órgão será estrutura com um Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, unidades administrativas e órgão de assessoramento jurídico próprio. Além disso, será desenvolvida por diretores com mandatos fixos e 23 representantes.

O Presidente Jair Bolsonaro vetou o dispositivo aprovado pelos parlamentares na Medida Provisória que possibilitava à ANPD a cobrar taxas por serviços prestados, tendo em vista o direcionamento da atividade do órgão ao sustento do Orçamento da União.

Ademais, o então Presidente, vetou o dispositivo que proibia o poder público de compartilhar os dados pessoais de usuários que fizeram a utilização da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), alegando a afetação às diversas atividades públicas.

Por fim, Bolsonaro vetou os dispositivos que ampliavam o rol de sanções administrativas aplicadas pela autoridade nacional, afirmando que as novas sanções impossibilitariam o funcionamento dos bancos de dados essenciais a diversas atividades públicas e privadas. (REDAÇÃO DO SENADO FEDERAL, 2019)

3.5 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NA LEI 13.709/18

Com as inquietações provocadas no legislador brasileiro em matéria de proteção de dados de pessoas naturais que movem um setor da economia no país, a Lei Geral de Proteção de Dados previu regras específicas para o tratamento de dados de crianças e adolescente, sujeitos de direito em situação de vulnerabilidade por sua condição especial.

Inicialmente, é possível notar uma preocupação em não estabelecer uma distinção entre dados sensíveis e não sensíveis, ou seja, a regra para o tratamento de dados pessoais para crianças e adolescentes é uma só. (FRAZÃO, 2018)

De acordo com o artigo 14 da Lei 13.709/18, o tratamento de dados pessoais de crianças deverá obedecer a um consentimento específico e em destaque, assim como no Regulamento da União Europeia. Este consentimento é constituído a partir de uma autorização de um dos pais ou do responsável legal do indivíduo, respeitando o melhor interesse da criança e as obrigações que o controlador possuir, que não deverá medir esforços, considerando os instrumentos tecnológicos disponíveis, para verificar o consentimento dado pelo responsável. (FRAZÃO, 2018)

Ademais, as informações coletadas pelos controladores deverão ser mantidas públicas, esclarecendo quais foram os tipos de dados coletados, as formas de suas utilizações e os procedimentos para o exercício do direito de requisições específicas em relação a esses dados. (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, 2018)

As exceções para o consentimento estão previstas no §3º do mesmo artigo, as quais permitem a coleta de dados, utilizados apenas uma vez, e sem armazenamento, para a realização de contato com os responsáveis.

Ciente da importância cada vez maior da internet na vida das crianças, os responsáveis pela elaboração da Lei de Proteção de Dados constituíram ao controlador dos dados o dever de não condicionar a participação dos titulares a qualquer atividade ao fornecimento de informações pessoais, salvo àquelas indispensáveis. (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, 2018)

O legislador se preocupou ainda em manter o princípio da transparência no texto legal, assim como na legislação europeia, que prevê que as informações serão disponibilizadas de claras, simples e acessíveis sobre o tratamento de dados. Porém, se adicionou as características físico-motoras, sensoriais, perceptivas, mentais e intelectuais do titular como particularidades a serem observadas para a adequada compreensão da criança sobre o tratamento, podendo valer-se de recursos audiovisuais, quando apropriado. (VALENTE, 2018)

Ainda que o princípio da transparência esteja presente em toda a legislação como dever básico de informação exigido no tratamento de dados, se observa a necessidade de adaptação do texto legal incluindo a capacidade de concepção do entendimento das crianças. (FRAZÃO, 2018)

Considerando que as crianças são sujeitos em desenvolvimento, a instituição de responsabilidade compartilhada do Poder Público e os cuidados dos pais em relação à utilização da tecnologia pelos seus filhos, é razoável notar que com a dispensa do consentimento do responsável do titular, em determinadas situações, a proteção de dados pessoais de crianças poderá sofrer diversos desafios, por se tratar de um ordenamento ambíguo e amplo.

CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, é possível concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18 foi sancionada com o objetivo de criar regras para a coleta e o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado.

A Lei atribuiu um regramento único para as crianças, que são sujeitos em desenvolvimento e carecem de uma atenção especial, assim como em outros dispositivos legais, no tratamento de seus dados pessoais.

Entretanto, o artigo 14, §3 da Lei Geral de Proteção de Dados apresenta uma exceção ao consentimento dos pais ou responsáveis para o tratamento de dados pessoais de crianças. Esta dispensa do consentimento do responsável do titular, em determinadas situações, pode gerar na proteção de dados pessoais de crianças diversos desafios, por se tratar de um ordenamento ambíguo e amplo.

Esta lacuna ocorre devido ao estabelecimento de uma responsabilidade compartilhada do Poder Público e os cuidados dos pais em relação à utilização da tecnologia pelos seus filhos.

Para evitar uma falha na proteção, a dispensa do consentimento para a proteção de crianças em caso especiais deverá ser aplicada juntamente com os demais princípios arrolados na Lei Geral de Proteção de Dados, estabelecendo a finalidade de proteção como legítima, necessária e evidente e instaurando os meios adequados para assegurar os direitos e garantias fundamentais desses indivíduos.

Ademais, com a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a fiscalização das coletas, tratamentos e compartilhamentos de dados pessoais será garantida e tornará a Lei Geral de Proteção de Dados eficiente e eficaz.

REFERÊNCIAS

AMADEU, Claudia Vicci. **Banco de Dados**. 1ª Edição. São Paulo: Pearson Education do Brasil. 2015. Página 3.

Brasil. **Lei nº 13.709/2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> . Acesso em mar/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL, Senado Federal. **Lei que cria Autoridade Nacional de Proteção de Dados é sancionada com vetos**. Disponível em

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/09/lei-que-cria-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-e-sancionada-com-vetos> Acesso em julho/2019

BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências.

BENNETT, Colin. RAAB, Charles. **The governance of privacy: policy instruments in global perspective**. Cambridge: The MIT Press. 2006, p. XXI e XXII

CAMARGO, Gabriel. **LGPD: 10 pontos para entender a nova lei de proteção de dados no Brasil** <<https://computerworld.com.br/2018/09/19/lgpd-10-pontos-para-entender-a-nova-lei-de-protecao-de-dados-no-brasil/>>. Acesso em 07/03/2019

CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Proteção de Dados Pessoais – internacional e brasileiro**. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/506/687>> Acesso em maio/2019

_____. Comissão Europeia. **O que são dados pessoais?** Disponível em <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt> Acesso em mar/2019

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito Online**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan/jun 2008.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DA SILVA, José Afonso. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativos, 1998, p. 4.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 103, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Universidade Federal de Santa Catarina. P. 8, 2006.

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial. A primeira parte de uma série sobre o tema**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018>> Acesso mar/2019

FERRAZ JUNIOR, T. S. (1993). **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 88, 439-459. Recuperado de <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67231>

JÚNIOR. Eudes Quintino de Oliveira. **O direito à intimidade**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279271,71043-O+direito+a+intimidade>> Acesso em junho/2019

LEWICK, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**, 2003, Rio de Janeiro:Renovar, p. 9.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014. – (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica) p.29.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014. – (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica) p.36/37.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin. **O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade – Comentário ao REsp 1.195.995**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>>. Acesso em junho/2019

RUARO, Regina Linden. **Proteção de dados dos consumidores**. Revista de Direito do Consumidor, 118, p. 4, 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70.

SAUERBRONN, Selma. **Políticas Públicas e a Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, com Enfoque no Distrito Federal**. 2014. 27f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado em Direito, Brasília, 2014.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.p. 55 – 70

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: Safe, 2001.

SENADO, Agência. **Matéria: MP que cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda aguarda instalação de comissão mista**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/12/mp-que-cria-a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-ainda-aguarda-instalacao-de-comissao-mista>>. Acesso em junho/2019

VALENTE, Jonas. **Lei de Proteção de Dados traz mudanças para crianças e adolescentes**. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/lei-de-protecao-de-dados-traz-mudancas-para-criancas-e-adolescentes>. Acesso em junho/2019

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. **Considerações sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em 07/03/2019

WESTIN, Alan. **Privacy and freedom**. Nova York: Atheneum. 1970. P. 158/159

WU, Tim. **Impérios da comunicação**. Do telefone à internet, da AT&T ao Google. Tradução da obra *The master switch: the rise and fall of information empires* por Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 244.

SOBRE A TRANSFERÊNCIA E A RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESOS ESTRANGEIROS

ABOUT TRANSFER AND RE-SOCIALIZATION OF FOREIGN PRISONERS

Aderruan Tavares¹

RESUMO: Os direitos humanos são tema da pauta hodierna e devem guiar as ações dos Estados no trato com os seus presos, independentemente da nacionalidade, garantindo o mínimo existencial a essa parcela da população. Nesse sentido, a possibilidade de ressocialização dos apenados decorre da expansão protetiva e da afirmação dos direitos humanos. Contudo, a ressocialização dos presos estrangeiros pode ser dificultosa, considerando diversos fatores como diferença linguística, cultural e moral, etc.

Palavras-Chaves: Presos Estrangeiros. Direitos Humanos. Transferência. Ressocialização.

RESUME: Human rights are the issue of the current agenda and should guide the States' actions in their relationship with prisoners, independently of nationality, ensuring the minimum existential for them. Thus, the possibility of rehabilitation of prisoners arises from the protective expansion and affirmation of human rights. However, the rehabilitation of foreign prisoners can be troublesome, considering various factors such as linguistic, cultural and moral difference, among others.

Keywords: Foreign Prisoners. Human Law. Transfer. Rehabilitation.

1. INTRODUÇÃO

As condições dos cárceres no Brasil estão constantemente à beira da total falência. Avolumam-se, na imprensa, notícias que fazem o diagnóstico da atual situação dos presos em estabelecimentos prisionais no Brasil², multiplicam-se dados oficiais sobre essas condições³; e eles não são nada animadores. A falta de estrutura dos locais de abrigo

¹ Aluno Especial no Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Assessor-Chefe no Conselho Nacional de Justiça

² <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghml>. Acesso em: 31.07.2019

³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 15.07.2019

e de material humano público revelam o descompromisso estatal para com o problema carcerário brasileiro. E a tendência é de piora deste sistema.

As cadeias se assemelham a um depósito de seres humanos, que, quase em sua totalidade, se encontram sem esperança de melhoria da situação carcerária e social. Falar de direitos humanos para essa população esquecida pode parecer uma falácia, uma utopia, ou soar um tanto quanto prepotente, ainda mais se proferida sem ações efetivas com o fim de melhorar essas condições.

O encarceramento em situações degradantes agrava o problema da marginalização, o que impede a ressocialização dos presos, além de provocar a submissão dos presos a severas humilhações, contribuindo para a “mortificação” da personalidade do apenado⁴, que fica sem perspectiva de retorno ao “padrão normal” da sociedade, daí resultando, inclusive, o termo “marginal” popularmente conferido a esta massa de encarcerados. O perfil dos encarcerados no Brasil possui uma característica estrutural e histórica de encarceramento de homens jovens, negros e pobres⁵, a partir de medidas autoritárias e, por vezes, cruéis de controle social daquelas que não se apresentam como “padrão de cidadão”.

A ressocialização de presos estrangeiros em solo nacional tem sua importância na medida de sua possível categorização como um direito humano do apenado. Importa mencionar a extrema dificuldade em que o Estado brasileiro encontra para ressocializar os presos nacionais; no caso dos presos estrangeiros, essa dificuldade é muito maior, devido a diversos fatores, tais como língua, cultura, distância dos familiares, etc. Com isso, o Estado brasileiro, por meio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, tem intensificado a prática de transferência de presos estrangeiros para que cumpram parte da pena imposta pelas autoridades brasileiras no seu país de origem, ou que brasileiros apenados no exterior cumpram pena em nosso território.

O presente estudo tem o objetivo de destacar a condição dos presos estrangeiros, que, malgrado seja pequena a sua participação numérica nos presídios brasileiros se comparada com as dos nacionais, estão distantes do seu país de origem, convivem com a discriminação acentuada à já dispensada aos presos nacionais, seja em

⁴ PASTORE, 2011, p. 21

⁵ WERMUTH e NIELSSON, 2017, p. 59

virtude da cultura diversa, seja por causa da língua, o que dificulta, sobremaneira, a comunicação entre os próprios presos e entre a estrutura administrativa carcerária e os estrangeiros, razão pela qual o tratamento do estrangeiro pelos atores da execução penal pode revelar muito sobre como o Poder Público brasileiro trata esse “outro”. Dessa forma, os acordos de transferência de presos estrangeiros possibilitam que o estrangeiro, que tenham sido condenados à pena privativa de liberdade, principalmente, cumpra parte da sua pena em solo brasileiro e o restante em seu país de origem, com o intuito precípua de ressocialização, motivo que faz com que esses tratados se revistam eminentemente de caráter humanitário, a ponto de receber especial atenção em nosso ordenamento jurídico.

No presente artigo, tecer-se-á considerações sobre as condições de encarceramento, a concessão de benefícios, a ressocialização e o processo administrativo de transferência dos presos estrangeiros, efetivado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, à luz da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, doravante Lei de Migração. Com isso, intenta-se verificar se a transferência internacional de pessoas condenadas, notadamente no caso do Brasil, tem caráter humanitário e se, pelo menos, contribui para a minoração dos efeitos deletérios do cárcere.

Para tanto, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica a partir das referências bibliográficas, análise de dados estatísticos da Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Recorrer-se-á à identificação e análise de decisões e acórdãos que possuam objeto referente a problemas ligados aos presos estrangeiros.

2. O ENCARCERAMENTO DOS PRESOS ESTRANGEIROS

As condições dos cárceres brasileiros refletem a mínima preocupação que a sociedade brasileira confere aos seus próprios presos. Salvo raríssimas exceções, o sistema carcerário brasileiro não tem a capacidade de ressocializar nenhum detento. Muito pelo contrário. No atual modelo de falência do sistema carcerário, o sistema carcerário provoca a “dessocialização”, termo utilizado por Ana Bela Rodrigues⁶, que significa o processo inverso da ressocialização.

⁶ RODRIGUES, 2011

Para René Ariel Dotti⁷, a superlotação e a violação dos direitos fundamentais são as principais causas das frequentes rebeliões e motins de presos, que deixaram de ser pontuais e reservados a grandes estabelecimentos penais, multiplicando-se por todo o território nacional. Os presos mais perigosos, quase todos membros de facções criminosas, instituem um verdadeiro poder paralelo dentro de um sistema que deveria primar pela disciplina e atendimento, captam novos presos, quase sempre condenados e presos por crimes não tão graves, reinventam o *modus operandi* criminoso para que o crime faça ser compensatório, sem contar as situações nada raras em que provocam rebeliões, matam agentes carcerários e policiais, crianças e parentes de membros de grupos rivais.

Anthony Giddens entende que as condições dos cárceres, sob uma perspectiva média global, se apresentam de forma que há uma completa segregação do preso em relação à sociedade, o que não tem contribuído para o ajustamento das condutas dos presos ao padrão normativo da sociedade. Resulta daí um maior recrudescimento por parte dos encarcerados, que começam a se portar no sentido de que a “violência é algo normal”, por estarem em contato com criminosos mais experientes e serem cooptados pelas organizações criminosas, dando azo ao que se chama de “universidade do crime”. Contudo, malgrado as prisões não tenham se mostrado eficazes no combate ao crime, é fato que há uma forte pressão social a favor do encarceramento massivo. Não há solução fácil, assume o sociólogo inglês. Entende que, a despeito da noção geral de que as prisões não consigam ressocializar os detentos, é possível verificar que elas impeçam as pessoas de cometerem crimes. Lado outro, pode ser extremamente difícil de se alcançar uma meta razoável de ressocialização, casos as prisões sejam lugares extremamente desagradáveis. “Porém, quanto menos rigorosas foram as condições das prisões, maior será a perda do efeito intimidador da detenção”⁸.

O que move e, sobremaneira, justifica o sistema carcerário é a punição a indivíduos. Contudo, a punição da forma atual realizada tem se mostrado muito severa e tem retirado massivamente a dignidade dos apenados. Mas “se direitos humanos é para humanos direitos”, por que se preocupar com os presos? Atualmente, os apenados do

⁷ DOTTI, 1999, p. 421

⁸ GIDDENS, 2005, pp. 198-199

sistema carcerário brasileiro podem ser “eliminados” da sociedade sem maiores cerimônias, uma vez que as forças repressivas, respaldadas por parcela significativa da população, consideram aquelas vidas indignas, desmerecedoras de serem vividas, desprovidas de existência relevante (Wermuth e Nielsson, 2017: p. 51). Nesta perspectiva, Thomas Mathiesen (2006, p. 145), a despeito de considerar uma tarefa difícil, defende a diminuição ou até mesmo a abolição das prisões, porquanto estas nunca cumpriram com a punição digna, mesmo nos países mais desenvolvidos, tais como Noruega, Suécia e Inglaterra.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias–InfoPen⁹, mantido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, dá-se conta que, em julho de 2017, a população carcerária perfazia o total de 726.254 pessoas nos presídios brasileiros, com expectativa de crescimento, para um total de 368.049 mil vagas em unidades prisionais. Desta gama de encarcerados, 2.161 eram estrangeiros, sendo que “56% dos estrangeiros que se encontram no sistema prisional brasileiro são provenientes do continente americano, 25% vêm da África e 13% da Europa”. São Paulo, com 1421 presos estrangeiros, Paraná, com 136, Mato Grosso do Sul, com 143, e Rio de Janeiro, com 91 presos, eram as unidades da federação que mais possuíam encarcerados estrangeiros. Em relação a São Paulo, destaca-se a unidade prisional Cabo PM Marcelo Pires da Silva, situada na cidade de Itaí – SP e única voltada exclusivamente para presos estrangeiros, que encarcera 49% de todos os nacionais de outros países.

Os dados apresentados revelam uma tendência atual do Brasil à abertura para outros países. Considerando que somos um país com uma grande economia, algumas pessoas de outras nações se sentem atraídas pelas oportunidades de trabalho ou de estudo que poderão ter em solo brasileiro. É o caso dos bolivianos que trabalham (muitos são verdadeiramente escravizados¹⁰) nas fábricas do ABC paulista. Ademais, a extensão territorial do Brasil tem papel relevante nessa análise, porquanto, em razão das fronteiras

⁹ InfoPen, julho/2017: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 21.07.2019

¹⁰ <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/bolivianos-em-situacao-de-trabalho-escravo-sao-encontrados-em-fabrica-em-itaquaquecetuba-diz-policia.ghml>. Acesso em: 31.07.2019

com outros países da América do Sul e os diversos aeroportos internacionais, oportuniza-se maior entrada de estrangeiros.

Em relação especificamente aos presos estrangeiros, impende mencionar que as mesmas mazelas que afligem os presos nacionais também se verificam no caso daqueles. Contudo, a situação dos estrangeiros nos cárceres brasileiros é agravada pela diferença cultural, desconhecimento da língua portuguesa e o esquecimento (ou desconhecimento da situação) por parte dos seus nacionais. A falta de acompanhamento do cumprimento da pena por parte das embaixadas também é algo assustador. Segundo constatação dos Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça¹¹, pouquíssimos dos presos estrangeiros têm tido a oportunidade de receber visitas ou mesmo uma assistência jurídica por parte do Poder Público do seu país de origem. Na grande maioria dos casos, as defensorias públicas são as responsáveis pela defesa jurídica e administrativa (casos de expulsões e transferências) desses presos.

A questão do desconhecimento da língua pode ser atenuada, se o preso conhece a língua do país ou quando conhece língua da mesma raiz linguística (português, italiano e espanhol, por exemplo), situação que pode amenizar as condições desfavoráveis aos estrangeiros¹². Daí a importância da presença dos consulados e da estruturação das defensorias públicas com a contratação de tradutores, ou mesmo com o crescente conhecimento de diversas línguas por parte dos defensores. Outra possibilidade é a disposição de cursos da língua portuguesa aos presos estrangeiros, de forma facultativa, medida esta que vem efetivada pela Penitenciária Cabo PM Marcelo Pires da Silva¹³. É importante pontuar que a falta de efetiva comunicação poderá levar à falha na defesa do estrangeiro.

Nesta ordem de ideias, vale a advertência de João Marcelo de Araújo Júnior, no sentido de que o sistema criminal brasileiro é assaz rigoroso em relação à criminalidade do estrangeiro, no notadamente no que se refere ao tráfico de drogas. “As penas aplicadas, em geral, são mais elevadas que as impostas aos brasileiros pelos

¹¹ <https://wwwh.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em: 02.07.2019

¹² MIOTO, 1986: p. 126

¹³ Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/itapetininga-regiao/noticia/unica-prisao-para-estrangeiros-no-brasil-reune-86-nacionalidades-e-ensina-portugues.ghtml>. Acesso em: 29.07.2019

mesmos crimes. Além disso, em razão da própria condição de estrangeiro, a prisão provisória lhe é quase sempre imposta”¹⁴.

Sob outras perspectivas, o problema “estrangeiro encarcerado” não é uma peculiaridade nossa. Esther Giménez-Salinas¹⁵ aduz que na Espanha, a despeito de a Constituição espanhola assegurar a igualdade jurídica entre os presos nacionais e os presos estrangeiros, assim como a nossa, a prática penitenciária é diversa. Relata as mesmas dificuldades que os presos estrangeiros encontram no Brasil, como dificuldade de comunicação e de ressocialização, e, mesmo tendo padrão de conduta correto perante a administração penitenciária, têm pedido de permissão de saída regularmente denegado, o que não ocorre com os nacionais espanhóis¹⁶.

Na Itália, atualmente, a preocupação que se tem notado é quanto a relação entre o fluxo migratório e o encarceramento de estrangeiros. Em recente estudo de 2018, em contraposição às ideias lançadas nas últimas eleições italianas, notadamente pelo grupo antimigração, Patrizio Gonnella¹⁷ concluiu que o aumento do fluxo migratório para a Itália não resultou no aumento de encarcerados no país. Na verdade, segundo o estudo, nos últimos dez anos os estrangeiros presos diminuíram em termos absolutos para algo perto de 2 mil presos, o que corresponde à queda de 0,7% para 0,39% de estrangeiros nos cárceres italianos, a despeito do aumento em 2 milhões de estrangeiros como novos residentes na Itália.

Nesta perspectiva, as controvérsias que cercam a migração forçada de venezuelanos ao estado de Roraima, na atualidade, têm suscitado severos debates sobre situação dos estrangeiros residentes de Pacaraima-RR, considerando relatos de que com a vinda dos venezuelanos, a percepção quanto à criminalidade tem aumentado¹⁸. Embora não seja tema para este trabalho, segundo Zygmunt Bauman¹⁹, a migração pode despertar

¹⁴ Araújo Júnior, 1994: pp. 96-105

¹⁵ GIMÉNEZ-SALINAS, 2012

¹⁶ O mesmo pode ser verificado na Noruega, por exemplo:
<https://www.jus.uio.no/ikrs/english/research/news-and-events/research-news/2016/ugelvik-damsa-prison.html>. Acesso em: 05.06.2019

¹⁷ GONNELLA, 2018

¹⁸ <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em: 31.07.2019

¹⁹ BAUMAN, 2016, p. 14

uma versão xenófoba até então desconhecida para aquela realidade social. Isso porque o aumento desse “outro” em terras alheias é sentido no comércio, nas ruas, nas cadeias, e geralmente o relaciona com tudo de mal que possa vir a ocorrer na região.

De toda sorte, a presença dos venezuelanos em Roraima deve ser enfrentada com inteligência, respeito e tolerância, voltando-se para o benefício deles e dos brasileiros²⁰. O desafio é deveras enorme. Jünger Habermas²¹ entende que imigrantes podem expandir ou multiplicar as perspectivas de interpretação da realidade constitucional comumente compartilhada. A abertura aos imigrantes, em uma sociedade liberal, tem o poder de mudar a característica da comunidade. Contudo, fica o alerta de Norberto Bobbio²², “não se pode ser intolerante sem ser fanático”.

No Brasil, o encarceramento, quer de nacionais, quer de estrangeiros, possui contornos dramáticos. A situação complexa é constatada a partir da inoperância do Poder Político, Administrativo e Judiciário. A questão carcerária não parece ter importância política. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADPF 347-MC/DF, em uma decisão que aferiu a estrutura e a função dos atores públicos afetos ao sistema carcerário, em especial do DEPEN e do CNJ, declarou o estado de coisas inconstitucional²³ no sistema carcerário brasileiro, ao entender que vigora neste sistema uma permanente violação generalizada de direitos humanos, notadamente ao que tange à dignidade, higidez física e integridade psíquica de todos os envolvidos no encarceramento do Brasil. Apesar da crítica de possível ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, é certo que a questão do sistema carcerário chamou a atenção da mais alta Corte do país. Provavelmente, não se espera que a decisão do Supremo tenha efetividade de forma imediata, ou até mesmo se consideramos um médio prazo, mas, inegavelmente, é um ato jurídico (carregado de contornos políticos, frise-se) de importante simbologia.

²⁰ Para uma visão ampliada sobre a situação prisional do estado de Roraima no contexto da migração dos venezuelanos, Cf.: Relatório de Visitas Prisionais do Conselho Nacional do Ministério Público, Estado de Roraima, 2018.

²¹ HABERMAS, 1996, p. 514

²² BOBBIO, 1990, p. 233

²³ Sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais cf. Giorgi, Faria e Campilongo, 2015; Marmelstein, 2015; Andréa, 2018.

A sociedade civil é certamente a maior vítima do descaso com o sistema carcerário. Ao falar de direitos humanos dos presos, também se busca a efetivação de todos os direitos humanos daqueles que estão fora das cadeias. Segundo José Pastore²⁴, na década de 10, foram assassinadas algo perto de 500 mil pessoas em nosso país, sendo que a maior parcela desses assassinados é formada por jovens, o que gera a consequente perda de potencial de desenvolvimento social e econômico, sem contar o principal: a vida dessas pessoas. O autor ainda cita o problema dos dependentes químicos de drogas que se tornam “inutilizados para o trabalho”. Daí, por si só, sobressai a importância do papel da ressocialização de todos os presos do nosso sistema carcerário.

3. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL PARA OS PRESOS ESTRANGEIROS

Em relação à concessão benefícios de progressão para os presos estrangeiros, a jurisprudência se portava com certa dificuldade em se garantir alguns benefícios na execução penal aos eles²⁵. Muito longe de ser uma questão de desconhecimento da situação dos presos estrangeiros pelos magistrados, advogados, defensores e promotores, o cumprimento de alguns benefícios por parte de estrangeiros, tais como livramento condicional e progressão ao regime aberto, era visto com desconfiança tendo em vista que muitos estrangeiros são presos no país sem possuir quaisquer vínculos, o que facilitaria eventual fuga, ou mesmo, a situação de indigência. A propósito, para Paulo César Busato²⁶:

²⁴ PASTORE, 2011

²⁵ Como exemplo: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSÃO DO PAÍS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Um dos requisitos para obtenção do livramento condicional, previsto no artigo 83, inciso III, do Código Penal, é a aptidão do preso de manter a própria subsistência, mediante trabalho honesto. 2. No caso em exame, o decreto de expulsão será cumprido após o término da prisão, de sorte que não terá o paciente oportunidade de exercer nenhuma atividade em solo brasileiro. 3. A negativa do benefício não implica descumprimento da Constituição Federal, que não faz distinção entre presos brasileiros e estrangeiros. A questão é que o paciente não preenche os requisitos para o atendimento de sua pretensão. 4. Coação ilegal não caracterizada. 5. Ordem denegada. (HC 156.668/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010)

²⁶ BUSATO, 2016

As Cortes Superiores, quase à unanimidade, vem entendendo que o regime progressivo visa a paulatina reintegração social do condenado, ou seja, visa fazer com que o condenado, pouco a pouco se vá habituando novamente ao convívio das pessoas em sociedade, coisa que será vedada ao estrangeiro expulso. Fazem presumir daí a incompatibilidade entre uma coisa e outra.

Analisando a jurisprudência sobre este assunto, Artur de Brito Gueiros Souza, Procurador Regional da República no Rio de Janeiro, no Seminário sobre Presos Estrangeiros, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em julho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro²⁷, elencou 4 (quatro) argumentos dos quais os Tribunais se valem para negar benefícios aos presos estrangeiros. São eles: 1) pendência de processo de expulsão ou a expulsão já decretada gera efeitos em desfavor do estrangeiro que cumpre pena; 2) eficácia do art. 1º, do Decreto n. 4.865/42, que proíbe a concessão de *sursis* aos estrangeiros que se encontrem no país em caráter temporário; 3) desconfiança com relação àquele que, sem maiores vínculos com a nossa sociedade, encontrar-se-ia propenso a empreender fuga; e 4) proibição contida na legislação de estrangeiros, com relação à obtenção de emprego formal por parte do estrangeiro em situação irregular.

Em relação ao primeiro argumento, o precedente é o HC nº 56.311/SP da relatoria do Ministro Moreira Alves, em que ficou decidido que seria inadmissível a concessão de livramento condicional a preso estrangeiro, cuja expulsão tenha sido decretada. Contudo, esse precedente foi superado pela decisão no HC nº 97.147, em 04/08/2009, sendo o Ministro Cezar Peluso redator para o acórdão, decidindo-se que “o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena”. Dessa forma, o Supremo alinhou a sua jurisprudência à necessidade de reconhecimento da igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros determinada pelo *caput* do art. 5º da CF/88²⁸.

²⁷ <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/106-seminario-sobre-presos-estrangeiros-edicao-rio-de-janeiro>. Acesso em: 31.07.2019

²⁸ Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em 2014, decidiu que “o fato de estrangeiro estar em situação irregular no país, por si só, não é motivo suficiente para inviabilizar os benefícios da execução penal” (HC 274.249-SP, Rel. Min. Marilza Maynard - Desembargadora convocada do TJ-SE).

Ao que tange ao segundo argumento, a proibição do o art. 1º do Decreto-lei nº 4.865, de 23/10/42²⁹, que ainda neste ano de 2019, inacreditavelmente continua em vigor, advém da simples condição de preso estrangeiro, ou seja, trata-se de uma “penalidade” que o apenado sofre apenas por ser estrangeiro, típica característica do Direito Penal do Inimigo, em que se pune a pessoa pelo que ele é e não pelo o que ele fez. Assim, parece-nos que o citado artigo não foi recepcionado pela atual Constituição, que determina a igualdade entre estrangeiros e brasileiros.

Referente ao terceiro argumento, a possibilidade do empreendimento de fuga não pode ser obstáculo para a concessão de benefício de liberdade, não só por ser desprovido de embasamento legislativo, mas também por uma “penalidade” pela simples condição de o preso ser estrangeiro. O preso estrangeiro não pode arcar com as consequências de um ineficiente controle das condições de cumprimento da pena, sendo que, não obstante, segundo Paulo César Busato³⁰, a fuga do estrangeiro, a menos que seja para o seu país natal, é mais remota do que a do nacional, por não possuir, em regra, laços afetivos no Brasil. Isto é, se há o temor de fuga dos presos estrangeiros, que seja providenciada a sua transferência assim que findar o tempo para o regime fechado para o seu país de origem ou que se crie mecanismos eficazes de controle. Tudo menos constranger o preso estrangeiro a cumprir integralmente uma pena no regime fechado, em total desacordo com os princípios da individualização da pena e da culpabilidade.

O último argumento trazido por Artur de Brito Gueiros Souza, trata-se, a nosso sentir, da grande barreira para a concessão de progressão ao regime aberto e o deferimento do livramento condicional, diante dos requisitos exigidos pela Lei de Execução Penal, na esteira do art. 114 da Lei de Execução Penal³¹, que condiciona a concessão do benefício do regime aberto à comprovação do efetivo exercício do trabalho

²⁹ Art. 1º É proibida a concessão da suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no território nacional em caráter temporário

³⁰ BUSATO, 2016

³¹ Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

ou da eminência de fazê-lo. Contudo, o equívoco parte da premissa equivocada de que o preso estrangeiro estaria de forma irregular ou de forma temporária.

Nos termos do art. 76 do Código Civil, o preso tem domicílio necessário, o que implica dizer que o preso estrangeiro tem residência fixa no país, enquanto cumpre a pena. Assim encontra-se em situação legal e de forma permanente, uma vez que está submetido à tutela do Poder Público, que deve velar por sua integridade física e moral. Não há como supor que o preso estrangeiro, durante o cumprimento de pena, seja enquadrado como em situação irregular.

O Conselho Nacional de Imigração editou a Resolução Normativa CNIg nº 110, de 10 de abril de 2014, que permite a concessão, em virtude de decisão judicial, de permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros em cumprimento de pena no Brasil. Com isso, o preso estrangeiro estaria apto a requerer cédula de identidade de estrangeiro, perante a Polícia Federal. Com este documento, o Ministério do Trabalho pode expedir carteira de trabalho e previdência social – CTPS. Ademais, após esse processo, o preso estrangeiro estaria em plenas condições de buscar emprego e teria mais condições de obter a concessão de benefícios de liberdade na execução da sua pena³².

³² Não obstante a norma, ainda há, em determinados casos, de se buscar a via judicial para a expedição de carteira de trabalho em benefício a preso estrangeiro. Cita-se como exemplo: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. CUMPRIMENTO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PERMANÊNCIA NO BRASIL. EMISSÃO CTPS. CABIMENTO. 1. Deve prosperar o pleito de expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do impetrante, com validade até o cumprimento da pena ou efetivação de seu ato de expulsão do país. 2. A Resolução Normativa n.º 110 de 10/04/2014, do Conselho Nacional de Imigração, autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional, dispondo em seu art. 1º. 2. Já acerca da emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), dispõe a Portaria n.º 4 de 26/01/2015, da Secretária de Políticas Públicas de Emprego: Art. 1º A emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para estrangeiro s com estada legal no País será feita exclusivamente pelas Superintendências, Gerências e Agências Regionais do Trabalho e Emprego, após serem devidamente habilitadas pela Coordenação de Identificação e Registro Profissional. 3. Nota-se, assim, que o aluído dispositivo garante a expedição de CTPS tão somente aos estrangeiros com estada legal no País. 4. Não obstante, de acordo com o art. 95 da Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do estrangeiro), o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis e não se deve olvidar que o direito fundamental do homem ao trabalho está expressamente previsto no art. 6º do Texto Maior. 5. Igualmente, mostra-se oportuna a análise do art. 17, itens 1 e 7, da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (Resolução n.º 45/158 da Assembleia-Geral das Nações Unidas). 6. Por todo o exposto, não é razoável que se exija a permanência do estrangeiro em território nacional durante todo o cumprimento de pena privativa de liberdade, objeto de liberdade condicional, sem que possa exercer legalmente atividade laborativa que lhe garanta as condições mínimas de subsistência e de vida digna, aumentando, inclusive, de modo considerável, a possibilidade de voltar a delinquir. 7. Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Excelentíssimo Desembargador Federal Johonsom di Salvo, em decisão

Outro ponto que é de importância para a efetivação dos direitos dos presos, em especial, à transferência do apenado ou à sua expulsão, é a necessidade da definição de marcos temporais seguros por parte do Poder Judiciário. Atualmente, dada a falta de normativo, cada juiz da execução penal permite a transferência internacional ou a expulsão considerando um marco diferente; uns quando satisfeitos os requisitos para a progressão de regime ao semiaberto, outros, para a concessão do livramento, e assim por diante.

Defendemos que a própria sentença condenatória fixe o marco, tendo em vista que o juiz da execução penal apenas, por óbvio, executa a pena, não podendo, *sponte propria*, inovar materialmente na pena do condenado. Certamente os marcos que melhor atendem aos interesses do Estado brasileiro e dos presos estrangeiros são a progressão de regime ou o livramento condicional, o que vier a ocorrer primeiro. Assim, o apenado estrangeiro irá cumprir corporalmente parte de pena em solo brasileiro, o que atende à satisfação social imediata e até mesmo à organização política interna e à efetividade do Poder Judiciário, bem como poderá cumprir o resto da pena no seu país de origem, com maior possibilidade de ressocialização, em caso de transferência de pessoa condenada, nos termos do art. 103 e seguintes da Lei de Migração e dos tratados e acordos firmados para este fim.

O Conselho Nacional de Justiça, em 13 de novembro de 2012, editou a Resolução nº 162, com o fim de dispor sobre as comunicações de atos processuais ou materiais de interesse dos presos estrangeiros. Por esse ato normativo do CNJ, a autoridade judiciária é obrigada a comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias (art. 1º). Há ainda o dever de o juiz da execução comunicar à missão diplomática do Estado de origem do preso estrangeiro, ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias: a progressão ou regressão de regime, a concessão de livramento condicional e a extinção da punibilidade (art. 2º).

monocrática proferida no Reexame Necessário n.º 0022135-97.2012.4.03.6100/SP. 8. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 358965 - 0009457-79.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 10/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/11/2016)

4. PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DE PESSOA CONDENADA

A transferência de presos estrangeiros parte de um pressuposto que pode ser duramente constatado a partir da inoperância dos atores públicos de feição executiva punitiva de fazer valer um digno cumprimento de pena, considerando todas as dificuldades que envolvem o massivo encarceramento no país. Com isso, vê-se na transferência uma forma de minorar os impactos dos efeitos nocivos do encarceramento indigno, notadamente quanto à ressocialização³³.

O processo administrativo de transferência de apenados estrangeiros se processa no Ministério da Justiça e Segurança Pública, competindo ao seu órgão denominado Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) realizar a análise de admissibilidade do pedido de transferência de pessoa condenada, seja de forma ativa, ou seja, a aquela em que o Brasil faz o pedido de transferência do brasileiro condenado e preso no exterior, seja de forma passiva, quando o Brasil recebe o pedido para transferir condenado estrangeiro para seu país de origem.

A tramitação acontecerá de forma diversa a depender do tipo de transferência e seguirá os trâmites definidos nos arts. 103, 104 e 105 da Lei de Migração e da Portaria nº 89, de 14 de fevereiro de 2018, editada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Logo abaixo, traçaremos linhas gerais sobre os pedidos de transferência, com o alerta de que poderá haver variação a depender do acordo realizado entre o Brasil e algum país. Requisito imperativo e inafastável, entretanto, é a concordância do estrangeiro ou brasileiro em ser transferido.

Em se tratando de transferência passiva, que poderá ser feita pelo Estado do nacional preso ou pelo próprio preso, o pedido inicial será encaminhado para o DRCI, que irá providenciar toda a documentação requerida pelo acordo pertinente ao caso. Após, o Departamento irá encaminhar a documentação traduzida para o país do peticionante. Esse Estado, concordando com o pedido de transferência, caso feito diretamente por seu nacional, irá providenciá-la, arcando com os custos da transferência. Aqui, sobleva a

³³ ALMEIDA ET AL, 2016: p. 200

importância da convergência funcional dos defensores públicos e advogados, membros dos ministérios públicos, magistrados e agentes consulares ou da embaixada no sentido de fazer chegar ao conhecimento do DRCI o pedido do preso estrangeiro que deseja ser transferido.

Caso se trate de transferência ativa, que pode ser feito diretamente pelo brasileiro preso no estrangeiro ou pelo Estado brasileiro, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) remeterá a documentação necessária cobrada por tratado ou acordo internacional de transferência de pessoa condenado e preenchidos os requisitos do art. 104 da Lei de Migração, ao juiz da Vara de Execuções Criminais da comarca onde residam os familiares mais próximos do apenado brasileiro, requerendo uma vaga em estabelecimento adequado. Trata-se de obrigatoriedade imposta ao sistema de justiça em providenciar uma vaga para o apenado, em virtude do caráter humanitário da transferência e do compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil. Até por ter esse caráter, o Brasil está obrigado a receber o seu nacional. Após a aquiescência do outro Estado, o Brasil deverá providenciar o aparato para ir buscar o seu nacional, arcando com os custos da transferência.

Segundo dados oficiais da Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas, setor interno do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI/SNJ/MJ, na série histórica de 1998 a 2019, foram realizadas 166 transferências passivas, com destaque para 86 transferências para Espanha, 22 para o Reino Unido e 16 para Portugal, conforme se nota da tabela abaixo.

País	98	99	01	02	03	04	05	06	07	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	Total ³⁴
Argentina	-	2	-	-	-	5	-	1	-	-	-	-	1	1	-	-	-	-	1		11
Canadá	2	-	2	2	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		8
Chile	-	5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-		6
Espanha	-	2	-	-	-	-	2	1	3	2	-	8	6	10	10	16	17	4	2	3	86
Israel	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Noruega	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Paraguai	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	2	5	3	4	-	-	-	-		16
Portugal	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	2	1	1	1	3	2		12
Reino dos Países Baixos	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-		3

³⁴ Nos anos 2000 e 2008 não houve transferências passivas

Reino Unido	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2	4	4	5	-	4	-		1	22
Total por ano	2	9	2	2	1	5	2	3	4	2	2	13	17	20	21	20	22	7	8	4	166

Fonte: Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas/DRCI/SNJ/MJ

As informações demonstram que os países ricos efetuam mais transferências, talvez por disporem de mais recursos financeiros, ou por terem maior preocupação com seu nacional em solo estrangeiro.

Quanto às transferências ativas, há informação de que, na mesma série histórica, houve 187 transferências, com destaque para 113 transferências de brasileiros presos em Portugal, o que correspondente a 60% das transferências ativas realizadas pelo Estado brasileiro.

País	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	Total ³⁵
Argentina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1		2
Bolívia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-		2
Chile	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-		1
Espanha	4	1	2	3	3	2	-	3	5	2	5	2	7	3	4	-	-		46
Estados Unidos	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1	-	-		2
Hong Kong	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Jordânia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-		1
México	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	1	-	-	-	-	-		3
Moçambique	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-		1
Panamá	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-		2
Paraguai	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1	-	-	-	1	-		4
Peru	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	1	-		2
Portugal	-	-	-	-	-	8	10	9	11	5	24	4	20	4	9	2	5	2	113
Reino unido	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	1	-		4
Rússia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Turquia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2
Total por ano	4	1	2	3	4	10	10	13	16	8	34	10	28	10	15	7	8	4	187

Fonte: Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas/DRCI/SNJ/MJ

Segundo as informações acima, verifica-se que o Estado brasileiro tem efetivado mais transferências ativas do que passivas, quer em números absolutos, quer em relação à quantidade maior de países envolvidos no procedimento de transferências. Ademais, a quantidade de brasileiros apenados no exterior e transferidos para o Brasil,

³⁵ No período de 1998 a 2001, não houve transferências ativas.

demonstra que o Estado brasileiro tem se preocupado com a situação do brasileiro encarcerado no exterior.

Ainda quanto às transferências passivas, segundo dados do *Ministero della Giustizia* da Itália³⁶, no final de Março de 2019, os cárceres italianos continham 130 presos brasileiros, perfazendo um total de 0,6% da massa de presos estrangeiros naquele país. Contudo, não há informação de transferência passiva desses brasileiros para o nosso país. Isso se dá em parte por ausência de acordo bilateral para transferência de presos entre Brasil e Itália sobre a transferência de pessoas condenadas³⁷.

A toda evidência, as informações das tabelas acima nos dizem mais do que a própria singeleza dos números pode nos causar. A partir delas é possível traçar algumas percepções referentes a fluxos migratórios, sabemos ser de diversos os motivos possíveis, a maior ou menor preocupação do Estado com o seu nacional. É certo que os dados apontam que a relação entre Brasil e a Espanha e Portugal tem conferido os melhores resultados em termos de transferências de presos, tanto passiva quanto ativamente.

5. RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESOS ESTRANGEIROS

Após a II Guerra Mundial, considerando as tragédias ocorridas por ela, os estados passaram se a preocupar com a legitimidade democrática do poder. Assim, muitas democracias surgidas após este período foram moldadas por um elevado comprometimento judicial com o poder, notadamente, vital comprometimento com as normas de direitos humanos. Essas novas estruturas de Estado foram fortemente influenciadas por normas internacionais de direitos humanos³⁸.

Para Norberto Bobbio³⁹, a proteção dos direitos humanos não pode ser separada, porque extremamente conexa, da democracia e da paz. Esta proteção é a base

³⁶Disponível:https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page;jsessionid=MEni0wYqsWUalbw65oPG1WpJ?facetNode_1=0_2&facetNode_2=3_1_6&facetNode_3=0_2_10&facetNode_4=0_2_10_3&contentId=SST183040&previousPage=mg_1_14. Acesso em 02.05.2019

³⁷ Para a análise do panorama de transferências de presos estrangeiros no Cone Sul da América Latina, cf.: Almeida et. al, 2016.

³⁸ THORNHILL, 2017: pp. 497-498

³⁹ BOBBIO, 1990, p. 254

das constituições democráticas na proporção em que a paz é pressuposto necessário para a efetiva tutela dos direitos humanos quer em nível nacional, quer internacional. A busca pela “paz perpétua” só pode ser alcançada com a progressiva democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e com a efetiva tutela desses direitos em âmbito interno. Portanto, há uma simbiose necessária entre direitos humanos, democracia e paz; sem o reconhecimento e tutela dos direitos humanos não há democracia; sem democracia esvaem condições mínimas para a resolução pacífica dos conflitos sociais.

A ressocialização encontra espaço na perspectiva humanitária que permite novas possibilidades de ordens individuais e sociais, ainda que a realidade dos fatos tem demonstrado o sentido oposto. Thomas Mathiesen entende que a ideia que enlaça a ressocialização, orientada para o retorno do indivíduo da forma que ele era antes de cometer o crime, é tão antiga quanto a própria concepção de prisão em si. Ademais, o sociólogo norueguês pontua que pouca coisa mudou sobre a própria ideia de ressocialização e práticas subjacentes desde o século XVII, quando tem início o formato de punição que hoje conhecemos, notadamente pela presença de quatro vigas que a sustentam, variando de tempos em tempos, de espaço em espaço: trabalho, estudo, moral e disciplina⁴⁰.

A ressocialização de presos tem importância não somente para objeto das funções da pena, mas também com o reconhecimento do preso como sujeito de direitos e deveres, o que faz dela um procedimento público de caráter humanitário e matriz restauradora social, na medida em que tende a garantir direitos básicos a essa parcela da população, na mesma proporção em que possibilita a diminuição de reincidência e retroalimentação criminais. A propósito, as suas bases humanitárias encontram precedentes históricos na doutrina de Cesare Beccaria e, no Brasil, ainda no século XIX, nas ideias vanguardistas do Padre Diogo Feijó, destacado político liberal do fim do Império, que defendia a necessidade de imposição de pena ao condenado, mas mediante uma forma que não excluísse a sua dignidade⁴¹.

Assim, defendemos que a ressocialização tem a função de evitar a reincidência penal, minorar os efeitos da criminalização dentro dos presídios e possibilitar

⁴⁰ MATHIESEN, 2006, p. 29-30

⁴¹ TOMÉ e KARAM, 2016: pp. 225-226

novas perspectivas de vida aos egressos do sistema carcerário, sem contar que é um fator de autêntica medida de política pública voltada para a segurança pública.

Na doutrina pátria, verifica-se que o termo “ressocialização” (que o preferimos) é o mais utilizado para o processo de retorno dos reclusos à convivência em sociedade. Contudo, sem adentrar no acerto da concepção terminológica, há registro do uso do termo “socialização”, partindo da premissa que os reclusos, por estarem nessa situação, não foram em momento nenhum integrados à sociedade. Há expressões como “readaptação social” ou “reintegração social”.

A Constituição Federal de 1988 silenciou expressamente quanto à perspectiva de ressocialização do preso, mas por uma interpretação teológica da nossa constituição, a partir de um objeto de estudo que evidencie os malefícios da reincidência para a segurança pública, resta indubitável que a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II), a segurança como direito social (art. 6º, *caput*) e a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade da comunidade em geral (art. 114, *caput*) convergem para a necessidade do desenvolvimento de medidas públicas com o fim de promover e efetivar a ressocialização de presos. No plano infraconstitucional, expressamente a Lei de Execução Penal tem por objeto “a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º), o que denota cunho ressocializador desse dispositivo, na linha do desiderato constitucional acima defendido.

A nosso sentir, o processo ressocializador é intrínseco ao cumprimento de pena. A busca pela redução das taxas de reincidências é algo a ser perseguido, tanto em favor do recluso quanto da sociedade. Compreender que os presos retornam, de uma forma ou outra, ressocializado ou não, para a sociedade também é um forte argumento para que aqueles que não têm muito apreço pelos direitos dos presos, mas temem por uma sociedade aterrorizada pelos altos índices de criminalidade. Ainda que se veja um utilitarismo nesta função da ressocialização, não é um fator que deve ser relegado ou afastado da discussão do tema que envolve tanto a segurança pública quanto a dignidade dos apenados.

Os estabelecimentos penais, no caso do Brasil, pelas condições acima rapidamente comentadas, podem produzir um efeito “dessocializador”, expressão cunhada pela jurista portuguesa Anabela Miranda Rodrigues. Para ela, as prisões

produzem um efeito que intimida os reclusos, o que faz surgir um estímulo de adaptações às regras de vida em sociedade. Contudo, segregam a pessoa reclusa do seu “estatuto jurídico normal”, atingindo a sua personalidade, favorecem a “aprendizagem de novas técnicas criminosas” e propõem valores e normas contrários às oficiais. Com isso, a prevalência da questão da segurança, com o fim exclusivo de prevenir a fuga e o controle regular da vida do preso convertem a prisão, em si mesma, um mecanismo dessocializador como ‘instituição total’, num ciclo vicioso que expõe o recluso a uma grande violência, fator a considerar na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na configuração das atitudes com que procura lidar com a situação. Por essa razão, segundo a professora portuguesa, a principal função hodierna das prisões deveria ser a de evitar a dessocialização, ou seja, os reclusos devem ser considerados como partes da sociedade, sendo, pois, detentores de direitos fundamentais⁴².

Ademais, Thiago Minagé tece críticas ao caráter execucional das penas nos estabelecimentos brasileiros, não acreditando que o sistema carcerário, da forma que hoje se apresenta, tenha as mínimas condições de ressocializar alguém. “Pelo contrário, nas condições atuais, cada vez mais, é possível constatar em reportagens e pesquisas a revelação de que, ao ser presa, uma pessoa tem maior probabilidade de voltar a delinquir”⁴³.

Na mesma linha de pensamento, Eugênio Zaffaroni, com base na teoria agnóstica (ou negativa) da pena, entende que a pena em si é uma manifestação de poder, ou seja, um ato político, sem qualquer consideração para com os envolvidos no ato criminoso, sejam vítimas ou autores, cabendo ao sistema jurídico limitar os efeitos maléficos e reflexos advindo do processo punitivo, o que não verifica na prática. Assim, a pena não teria realmente qualquer justificação lícita que não uma de cunho meramente autoritário⁴⁴.

As tentativas de minorar os efeitos quase que irreversíveis do sistema carcerário ainda são incipientes e contingenciadas por políticas públicas pouco efetivas, sendo raras as medidas que possuem efetividade no plano e vida dos encarcerados. Marden Marques Soares Filho destaca alguns exemplos de medidas do Departamento de

⁴² RODRIGUES, 2001: p. 46

⁴³ MINAGÉ, 2016: p. 253

⁴⁴ ZAFFARONI ET AL, 2011: pp. 108-112)

Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF⁴⁵, do Conselho Nacional de Justiça, que tentam ser efetivas e que, a despeito das dificuldades estruturais, têm dados alguns resultados. Cita medidas que empreendem um conjunto articulado de ações intersetoriais, com desdobramento em três planos de atuação: (1) processual-cartorial, (2) administrativo-penitenciário e (3) social, com aptidão de construir soluções consensuais e humanitárias no âmbito do sistema prisional, “permitindo-se que os próprios atores locais compreendam os problemas e gargalos que devem enfrentar e solucionar para promover a melhoria de qualidade e maior presteza na administração da justiça de execução penal”⁴⁶.

Pois bem. Como se sabe, os presos estrangeiros, em regra, estão distantes da sua terra natal, dos seus parentes, da sua cultura, dos seus costumes, da sua religião e de pessoas que falam a sua língua. A ressocialização de um apenado em outro país, considerando essas circunstâncias, é algo difícil de acontecer, dadas todas essas contingências de ordem natural, temporal e circunstancial. Soma-se a isso o descaso das autoridades do país do apenado, o que influencia negativamente no processo ressocializador.

No tocante à assistência consular, que na concepção de Adolfo Maresca significa o conjunto de funções que o cônsul desenvolve em favor de seus nacionais para facilitar sua permanência no território do Estado receptor⁴⁷, verifica-se que a sua ausência, principalmente em relação aos nacionais de países pobres, tem se revelado bastante preocupante.

Nos termos do art. 36 da Convenção de Viena de Relações Consulares de 1963, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 61.078/1967, o Estado deve comunicar imediatamente, desde que a pedido do recluso, ao consulado a prisão do respectivo nacional, conservando-se o direito dos representantes consulares de livremente se comunicarem com o recluso. O art. 38 das Regras Mínimas para Tratamento de Recluso da ONU também assegura o direito de o preso estrangeiro se comunicar com os seus nacionais. A intervenção consular se faz importante na medida em que possibilita

⁴⁵ Sobre as funções do DMF, cf. Murta, 2019

⁴⁶ SOARES FILHO, 2019: p. 334

⁴⁷ *apud* SALA, 2006

ao apenas o entendimento quanto aos seus direitos processuais e materiais no Estado estrangeiro e inibe possível ação discriminatória do estrangeiro.

A título de exemplo de atuação de consulado na defesa dos direitos de presos estrangeiros, o DMF/CNJ, recebeu em outubro de 2011 uma petição (processo PETAVU nº 2011.02.00.000463-1), em que um nacional britânico, recluso na Penitenciária Nelson Hungria, Contagem/MG, reclamava da dificuldade de recebimento de cartas encaminhadas por seus familiares da Grã-Bretanha, de recebimento de visita de representantes do consulado britânico e da falta de concessão de benefícios na execução penal. Imediatamente, após ser intimado pelo CNJ, o British Consulate-General São Paulo confirmou as reclamações do seu nacional, bem como denunciou outros fatos, como por exemplo, “o mesmo nos relatou que extraiu o próprio dente, pois já não conseguia mais suportar a dor em que se encontrava”. Em virtude da reclamação encaminhada, o Poder Judiciário mineiro verificou que o apenas teria benefício desde 01/02/2012, oportunidade em que fora posto em liberdade.

Poder-se-ia perguntar sobre a real necessidade de um apenas estrangeiro, sem a mínima intenção de, após o cumprimento da pena, continuar a residir no país, ser obrigado a se integrar à nossa sociedade. Esse certamente é o grande questionamento que permeia e fundamenta os acordos de transferência internacional de pessoas condenadas. Defendemos que a possibilidade de ressocialização é a garantia efetiva de cumprimento de um direito humano ligado essencialmente à proteção da dignidade da pessoa humana, consoante previsto no art. 10, §3º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A possibilidade de os presos estrangeiros cumprirem a pena integralmente em regime fechado, em decorrência de possível entendimento jurídico refratário aos direitos dos presos estrangeiros, poderá trazer inúmeros prejuízos para eles, principalmente, considerando que quanto mais tempo o preso estrangeiro permanece em outro Estado, mais remoto será o desejo de retornar ao seu país de origem⁴⁸, sem contar a contingência de ser recrutado pelas facções criminosas que agem dentro dos presídios.

Com isso, reputa-se que a melhor medida é a transferência dos presos estrangeiros que queiram terminar o cumprimento da pena em seu país de origem, sem prejuízo da garantia de permanência do apenas no Brasil, caso assim deseje com o fim

⁴⁸ MIOTO, 1986: p. 138

de se integrar à sociedade brasileira, não lhe podendo ser negado nenhum benefício da execução penal, exclusivamente por sua condição de estrangeiro.

6. CONCLUSÃO

Na seara da execução penal, os direitos humanos densificam o conjunto protetivo interno aplicável aos reclusos. A relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais deve ser de complementaridade, jamais de exclusão, o que requer efetividade no sistema de incorporação dos direitos humanos. Ao tomar os direitos individuais como pano de fundo das medidas protetivas estatais e ao reconhecer que a razão de existir do Estado é a proteção do indivíduo, toda ação estatal deve ser voltada para a proteção desses direitos inafastáveis da pessoa humana, resguardando o seu núcleo de dignidade. A norma que melhor alcançar o desiderato constitucional ou humanitário internacional de proteção dos direitos individuais deve ser a aplicada, não importando a sua hierarquia normativa no ordenamento jurídico.

No caso dos presos estrangeiros, há que tomá-los em sua especificidade, dadas as peculiaridades e contingências que os cercam, ainda que a legislação aplicável seja a mesma aplicada aos presos nacionais. Há que se reconhecer os mesmos direitos aos estrangeiros, não se podendo vedá-los pelo simples fato de serem estrangeiros, porquanto isso afronta o espírito constitucional da busca por uma sociedade mais justa e equilibrada para todos. Em que pese representem 0,6% da população carcerária brasileira, os presos estrangeiros têm as possibilidades de defesa sensivelmente prejudicadas, quer pela língua, quer pela consciência da juridicidade interna, o que, por si só, já leve à necessidade da inclusão diferenciada desse “outro”, o estrangeiro, por parte de atuação também diferenciada do Poder Público, considerando todos os seus atores estruturais. A Penitenciária Cabo PM Marcelo Pires da Silva é um exemplo dessa atuação.

A pretensão de ressocialização dos presos estrangeiros em solo brasileiro não passa de uma retórica, considerando que o Poder Público brasileiro não tem obtido êxito nem mesmo na ressocialização dos seus nacionais. No caso dos estrangeiros, como dito, a questão da língua, consciência jurídica, cultura e costumes diversos limitam, ou mesmo eliminam, a possibilidade de ressocialização no país. Com isso, reputamos ideal que o preso estrangeiro cumpra a pena no Brasil apenas de forma parcial, podendo ser

transferido, caso os requisitos dos acordos de transferência e da Lei de Migração sejam satisfeitos, principalmente com a sua concordância, para que cumpra o resto da pena no seu país de origem, próximo de seus familiares e dentro de sua cultura.

A transferência humanitária do preso estrangeiro, a nosso sentir, satisfaz a finalidade punitiva, possibilita a minoração das angústias do cumprimento da pena, afasta possíveis efeitos deletérios próprios do cárcere brasileiro e atende aos reclamos de proteção, efetivação e promoção dos direitos humanos e fundamentais do preso estrangeiro. Não se trata, à toda evidência, de expulsar o estrangeiro por vias utilitaristas ou de modo velado, mas sim de possibilita-lhe o cumprimento de pena menos agressivo do ponto de vista humanitário. Assim, a transferência de presos estrangeiros é um mecanismo de possibilidades humanitárias.

Portanto, pelo acima exposto, verifica-se que a transferência internacional de pessoas condenadas, notadamente no caso do Brasil, tem caráter humanitário e contribui significativamente para a minoração dos efeitos deletérios do cárcere em relação a este grupo de pessoas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Letícia Núñez, GONÇALVES, Agnes Félix, MACÊDO, Nathan Bueno. Sistema Penitenciário e as Relações Internacionais: Uma Análise Sobre a Transferência de Presos no Cone Sul. **Dossiê Punição e Controle Social: degradações carcerárias em América Latina e Europa.**, v. 2, p. 194-209, 2016.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. ***Estrangeiro: um menos tolerado. Controle e reação social no Brasil. Movimentos de poblacion, integração cultural y paz.*** Eguzkilore, San Sebastian, nº 7º, Extraord., dic., 1994, pp. 96-105.

BAUMAN, Zygmunt. **Strangers at Our Door.** Malden, MA: Polity, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 1ª edizione. Ed. Einaudi: Torino, 1990

BUSATO, Paulo César. **Execução Penal e cidadania global**. Gen Jurídico, 2016.
Disponível em: <https://bit.ly/31dBD69>.

DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penal**. In: Revistas dos Tribunais, vol. 768, p. 421 e s. 1999.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4ª Edição. Porto Alegre: editora Artmed, 2005.

GIMENEZ-SALINAS, Esther. “**Extranjeros em prision**”. **Movimientos de población, integración cultural y paz**. Eguzkilore, San Sebastian, nº 7, Extraord., dic., 1994.
Disponível em: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_num_extr7/es_extra7/adjuntos/gimenezsalinas.pdf Acesso: 13/9/2012

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19.09.15: disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>, acesso em: 24.05.19;

GONNELLA, Patrizio. **Stranieri in cárcere: il grande bluff populista**. Disponível: <https://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/wp-content/uploads/2018/06/XIVrapporto-sulle-condizioni-di-detenzione-stranieri-in-carcere.pdf>. Acesso em 02.05.2019

HABERMAS, Jünger. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Padro (org.) **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MATHIESEN, Thomas. **Prison on Trial**. 3rd ed. Winchester: Waterside Press, 2006.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MIOTTO, Armida Bergamini. “Presos estrangeiros; preocupação da ONU”. **Revista da Faculdade da Universidade Federal do Goiás**. 10 (1-2): 119-141, jan./dez. 1986.

MURTA, João. 10 anos do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Accountability judicial e políticas públicas judiciárias no âmbito do sistema de execução Penal. In: **CNJ e a efetivação da justiça**. Orgs: LAMACHIA, Claudio, FERREIRA, Antônio Oneildo, MONTEIRO, Valdetário Andrade. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019

NOWAK, Manfred. “Discurso Inaugural”. **12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, Salvador**, 2010. Anais do workshop. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.

PASTORE, José. **Trabalho para ex-infratores**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALA, Martha Gallardo. “Origem, conceito e aplicação da assistência consular a presos estrangeiros”. Lex. **Revista do Direito Brasileiro**, v. 23, p. 31-43, 2006.

SOARES FILHO, Marden Marques. Projetos de Reinserção Social da Pessoa Condenada do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): um desafio para o Sistema de Justiça Criminal. In: **CNJ e a efetivação da justiça**. Orgs: LAMACHIA, Claudio, FERREIRA, Antônio Oneildo, MONTEIRO, Valdetário Andrade. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THORNHILL, Chris. The sociology of constitutions. In: **Annual Review of Law and Social Science**, Vol. 13, pp. 493-513, 2017

TOMÉ, Semiramys Fernandes; KARAM, Andrea Maria Sobreira. Reflexões sobre a construção de uma perspectiva de humanização das penas através das convicções de Diogo Feijó. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3, n. 2, p. 214-230, mai./ago. 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. “Crônica de uma morte anunciada”: a instauração do “paradigma do campo” e o colapso do sistema penitenciário brasileiro. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 47-73, mai./ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.