

## **ABENÇOADOS SEJAM OS TRISTES: A DEMOCRACIA CONTRA O ESTADO**

**Guilherme Madeira Martins<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Nos últimos anos, é comum nos depararmos com o termo “crise da democracia”. O presente ensaio busca, a partir de um diálogo com a obra *A democracia contra o Estado*, do filósofo francês Miguel Abensour, apresentar algumas reflexões sobre a atual crise democrática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Teoria política. Miguel Abensour.

### **INTRODUÇÃO**

Foi o escritor norte-americano George Saunders quem primeiro concebeu a analogia (2007, p. 02). Imagine uma festa. Os convidados são pessoas interessantes. As conversas entre eles são heterogêneas, transitando desde curiosidades de celebridades até os últimos lançamentos na literatura e no cinema. De repente "um cara entra com um megafone. Ele não é a pessoa mais articulada da festa, ou a mais experiente, ou a mais articulada. Mas ele tem um megafone" (2007, p. 02). Ele cumprimenta todos os presentes e começa a falar. Primeiro, sobre como ele adora primaveras. (Naturalmente, todos os convidados interrompem suas conversas para prestar atenção no que é dito. Alguns o fazem por educação, outros por não terem escolha – o volume que sai do megafone domina o ambiente.) Instantaneamente, todos os convidados começam a pensar em primaveras; as conversas, antes

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (PUC-Rio). Professor de Direito Constitucional e Teoria do Direito no Centro Universitário Estácio JF e na Rede de Ensino Doctum. Professor de Processo Constitucional nos programas de Pós-Graduação da IEC PUC-Minas (Campi Juiz de Fora). E-mail: [guilherme.madeira@gmail.com](mailto:guilherme.madeira@gmail.com).

heterogêneas, começam a ter um único tópico – as primaveras. Alguns concordam com o que é dito pelo cara com o megafone, enquanto outros discordam. Não importa. Ele dominou todas as conversas. Quando ele muda um tópico, o mesmo acontece na conversa entre os convidados. Se ele diz que a bolinha de queijo é o melhor salgadinho da festa, todos os convidados começam a olhar para os lados procurando bolinhas de queijo; se ele diz que a caipirinha está uma delícia, os convidados começam a esquecer dos copos de cerveja nas bancadas. E por que isso acontece? Como pode uma única pessoa dominar os pensamentos de várias pessoas que, até aonde podemos afirmar, são inteligentes e conseguem pensar por conta própria? Esse poder, escreve Saunders, "não se baseia na sua inteligência, experiência única do mundo, poderes de contemplação ou habilidade com a linguagem, mas no volume e onipresença da sua voz narrativa" (2007, p. 03).

George Saunders escreveu o ensaio "The Braindead Megaphone" há mais de uma década. Ao escrevê-lo, tinha em mente a Guerra do Iraque e as mentiras que eram propagadas pela imprensa norte-americana. Tais mentiras foram amplamente aceitas e pouco questionadas. Por quê? Porque o megafone estava na mão da imprensa.

À época, as palavras que ecoavam do megafone eram "armas de destruição em massa". Hoje, as palavras que ecoam são "a democracia está em crise".

O objetivo do presente ensaio é compreender o som que sai do megafone, utilizando como marco teórico as contribuições do filósofo francês Miguel Abensour.

## **1 A CRISE DA DEMOCRACIA**

Nos últimos anos, foram vários os livros e artigos que anunciaram a "recessão da democracia". E, olhando para os acontecimentos do ano em retrospecto, o anúncio não parece infundado. Vejamos, somente como exemplo, a semana que começa no

dia 10 e termina no dia 16 de julho de 2016<sup>2</sup>. Durante essa semana aconteceram pelo menos três situações que corroboram o diagnóstico dos que afirmam a crise da democracia. A primeira delas foi o Brexit. A saída da Inglaterra da União Europeia foi marcada por um forte discurso contra os imigrantes – um discurso, portanto, de não inclusão (Smith, 2016). A segunda delas foi o ataque terrorista em Nice, na França. Durante a comemoração do Dia da Bastilha (14 de julho), enquanto milhares de pessoas assistiam à queima de fogos, um caminhão atropelou centenas de pessoas, levando a óbito mais de oitenta delas. Foi o segundo ataque terrorista em território francês em menos de um ano (há exatos sete meses ocorria o atentado ao teatro Bataclan). A resposta contra o terrorismo é paradoxal: para defender a "nossa" liberdade, o governo acaba por restringir a liberdade, diminuindo a privacidade e aumentando o paternalismo estatal. E, por fim, no dia 16 de julho, Donald Trump profere o seu discurso ao ser reconhecido como candidato do partido republicano à Presidência da República dos Estados Unidos da América. O discurso de Trump também é marcado pela não inclusão. Um exemplo: "Quando o México manda o seu povo para cá, manda pessoas que têm um monte de problemas e trazem estes problemas para nós. Eles trazem drogas, trazem o crime, são estupradores. E alguns deles, eu confesso, são boas pessoas" (Sandoval, 2015). Por esses motivos Yascha Mounk se refere a essa semana como "A semana em que a democracia morreu" (Mounk, 2016).

Essa semana pode ser representativa, mas, a bem da verdade, é possível encontrar sinais de disfunção democrática em todos os meses do ano, em todos os continentes – de Atenas à Ankara, de Bruxelas à Brasília –, e, além, décadas atrás.

Para representarmos a ascensão e queda da democracia na história mundial recente, precisamos cobrir um período de quase 40 anos<sup>3</sup>.

O ponto de partida é o início da terceira onda de democratização global. O termo "terceira onda de democratização global" é derivado dos estudos de Samuel P. Huntington (1991). A primeira onda de democratização global compreende o período

---

<sup>2</sup> O primeiro a chamar a atenção para essa semana em específico foi Yascha Mounk (2016).

<sup>3</sup> A análise história da democracia que se seguirá é baseada no artigo de Diamond (2015).

subsequente às revoluções francesas e americanas, quando 29 países aderiram à democracia; a segunda onda de democratização global tem início com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando países até então colonizados, como a Índia e o Sri Lanka, aderem à democracia (Strand et al, 2012, p. 32).

O ano é 1974. O país, Portugal. Em abril, a Revolução dos Cravos termina com uma ditadura de 48 anos. (Dois anos depois, em eleições democráticas, Mário Soares é eleito Primeiro-Ministro do I Governo Constitucional de Portugal. Dissidente político preso 12 vezes durante o antigo regime, é conhecido como "João Bobo", nome dado a um brinquedo de base arredondada que tende a permanecer em pé.) Esse é o início de uma forte onda democrática que contagia o mundo...

... Um mês após a Revolução dos Cravos, a Grécia retorna ao regime democrático.

... Em 1977, na Espanha, acontecem as primeiras eleições democráticas após a morte do ditador Francisco Franco.

... Em 1980, na Polônia, é criado o partido "Solidariedade", que exercerá papel fundamental na eleição democrática que acontecerá em dez anos.

... Em 1983, na Argentina, após a derrota para a Inglaterra pelo domínio das Ilhas Malvinas, há a eleição do primeiro governo democrático após uma ditadura de sete anos.

... Em 1985, no Brasil, a eleição indireta de Tancredo Neves coloca fim a duas décadas de ditadura militar.

... Em 1987, na Coreia do Sul, o regime militar aceita, após massivos protestos populares, eleições democráticas diretas.

... Em 1988, no Chile, o General Augusto Pinochet perde a primeira eleição democrática direta após 15 anos de repressão militar.

... Em 1989, a queda do Muro de Berlim.

... Em 1990, na África do Sul, Nelson Mandela é solto após 27 anos de cárcere. (Mandela será eleito Presidente em 1994.)

E então, após uma forte onda democrática que contagia o mundo, começa a queda...

... Em 2000, na Rússia, Vladimir Putin centraliza o poder e aumenta o poder de um regime autoritário.

... Em 2003, graças à Guerra do Iraque, o povo se posiciona de forma contrária ao ideal da "promoção da paz".

... Em 2004, na Ucrânia, a Revolução Laranja. Acusações maciças de corrupção e de fraude eleitoral.

... Em 2013, o golpe de Estado no Egito, quando o Ministro da Defesa remove o então Presidente. Quarenta e uma mil pessoas são presas e/ou sofrem processos criminais.

... Em 2016, o Brasil passa pelo segundo processo de impeachment de um Presidente desde a redemocratização.

\*

Será essa a recessão democrática da qual os autores falam? Ela pode ter se acentuado no ano de 2016, mas sinais do enfraquecimento da democracia são visíveis desde a virada do milênio. Com um agravante: após a Revolução dos Cravos em Portugal, testemunhamos uma onda democrática que contagiou o mundo, com vários países adotando a democracia após anos de regime antidemocrático, até que, de repente, essa onda é dissipada, o contágio é contido, e passamos a presenciar, sem entender muito bem o porquê, o declínio da democracia ao redor do mundo. Após uma longa subida, a queda.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi feita uma pesquisa nos Estados Unidos para saber o quão importante era, para os norte-americanos, viver em um regime

democrático (Martin, 2016). À época, 73% disseram que era  *muito importante* viver em uma democracia. Recentemente, a mesma pesquisa foi feita, dessa vez somente entre aqueles que nasceram depois de 1980, e o resultado foi surpreendente: somente 30% afirmaram ser muito importante viver em uma democracia. A conclusão parece ser a de que as pessoas estão menos propensas a defender a democracia. (Em 2015, o escritor francês Michel Houellebecq publicou o livro  *Submissão* . O livro narra a vitória de Mohammed Ben Abbes, candidato do partido chamado “Fraternidade Muçulmana”, nas eleições presidenciais francesas de 2022. O interessante de se notar – além da qualidade literária de Houellebecq – é que, se o livro fosse lançado dez anos antes, ele seria reconhecido como aquilo que realmente é: uma obra de ficção. Em 2005, seria inimaginável que um candidato muçulmano vencesse as eleições presidenciais na França. Mas, em 2015... essa hipótese não parece mais tão longe da realidade. O resultado: alguns leitores – e críticos – leram o livro de Houellebecq não somente como uma obra de ficção, mas também como uma obra premonitória. A alusão ao livro de Houellebecq se justifica porque, há dez anos, seria inimaginável que partidos políticos que defendessem abertamente a restrição de valores caros à democracia, como a liberdade de expressão/imprensa e os direitos de minorias, pudessem alcançar o poder. Mas, hoje, a ascensão de partidos políticos como o National Front, na França, e o People’s Party, na Dinamarca, mostram que isso é um futuro possível.)

A comparação entre o período da Segunda Guerra Mundial e os dias de hoje, nos E.U.A., é iluminadora porque mostra a mudança do sentimento em relação à democracia. Nos primeiros anos da década de 40, havia uma tensão no ar. Mães choravam e rezavam pensando nos filhos – os que já estavam na Guerra e os que ainda poderiam ser convocados. A indústria automobilística de Detroit, a maior do país, era redirecionada; os sedãs da Ford dão lugar aos aviões B-24. Mas, junto à tensão, havia também um sentimento de esperança em relação ao futuro. Detroit, até então conhecida como a “Cidade dos Motores”, passa a ser chamada de “Arsenal da Democracia” (Eugenides, 2014, p. 186). Jovens do país inteiro dançam ao som do grande hit do clarinetista Artie Shaw, “Begin the Beguine” – música de batida rápida e melodia envolvente, alegre (Eugenides, 2014, p. 187). Hoje, o cenário é outro. O

antagonismo entre os partidos políticos parece eliminar a palavra “respeito” do dicionário, elevando a guerra cultural a níveis nunca antes vistos (Haidt, 2012, p. 276). Dos players de música dos jovens não se escuta mais o clarinete sincopado, mas músicas de protesto cuja letra é bradada pela cantora: “Liberdade! Liberdade! Não consigo me mexer. / Liberdade, me liberte! / Liberdade! Onde está você? / Pois eu também preciso de liberdade. / Quebro as correntes sozinho. / Não vou deixar minha liberdade queimar no inferno.”<sup>4</sup>

\*

Aos quatro cantos, o som que sai do megafone é o de que a democracia está em crise. A história recente mostra a estagnação da democracia. Entretanto, este breve ensaio não tentará explicar o porquê de a democracia estar com problemas, mas, ao contrário, buscará demonstrar que o problema não existe. É a resolução do problema pela sua negação. Parece paradoxal? Não importa; a democracia é íntima dos paradoxos.

## 2 MIGUEL ABENSOUR E A DEMOCRACIA CONTRA O ESTADO

Em 1998, o filósofo francês Miguel Abensour publicou o ensaio *A Democracia contra o Estado*, que começa a chamar a atenção logo pelo título. “Como assim”, o leitor imediatamente questiona, “a democracia contra o Estado?” O ensaio de Abensour consegue fazer algo raro: ele incita à reflexão logo no título, sem que o leitor tenha lido uma linha sequer do trabalho.

Os questionamentos continuam. Como pode a democracia ser contra o Estado se o termo “Estado democrático” nos é tão comum? Será um erro falarmos em “Estado democrático”? Peguemos o exemplo de Toqueville, que, em *Sobre a Democracia na América*, utiliza o termo “Estado democrático” desde as primeiras páginas, continuando a usá-lo no decorrer da obra (Abensour, 1998, p. 19). Estaria Toqueville equivocado? Democracia e Estado seriam, afinal, antagônicos?

---

<sup>4</sup> A música em questão é *Freedom*, da cantora Beyoncé.

\*

Abensour foi extremamente feliz na escolha do título do seu ensaio, não somente em razão do convite à reflexão que faz, mas porque ele já consegue deixar evidente uma característica da democracia moderna: o fato dela ser vista como um enigma ou como uma cadeia de paradoxos (Abensour, 1998, p. 30). A democracia moderna entendida enquanto um enigma a ser desvendado é uma constante na história das ideias políticas. "Seria a democracia anti-democrática?" Esses paradoxos são interessantes porque nos fazem constantemente perguntar o que é a democracia moderna. E esse paradoxo é poderoso porque todos, em algum ponto da vida, em menor ou maior grau, já se perguntaram se o que temos hoje é realmente uma democracia. (Como diz o ditado popular: "Votar em uma democracia faz você se sentir poderoso da mesma forma que jogar na loteria faz você se sentir rico".) Se a máquina do tempo não fosse exclusividade da imaginação dos escritos de ficção científica, poderíamos transportar um grego da Atenas clássica para os dias de hoje, que, espantado, diria: "isso que vocês estão fazendo não é democracia".

O ensaio de Abensour é uma tentativa de solucionar esse enigma que é a democracia moderna, mas a partir de um referencial específico: Marx. E com uma ressalva: como o próprio escreve no início do ensaio, na nota do autor, sua intenção não é fazer uma releitura dos escritos de Marx, mas, ao contrário, reativar os conceitos de Marx. É uma reativação e não uma releitura sob a influência de uma referência exterior. Isso fica muito claro quando Abensour separa, de forma veemente, Marx do marxismo. Segundo ele, a famosa frase de Marx "tudo o que sei é que não sou um marxista" não deve ser entendida como uma brincadeira. Marx falava sério. Michel Henry, fazendo coro, escreveu que "o marxismo é o conjunto dos contrassensos sobre Marx" (Abensour, 1998, p. 15). Abensour propõe, portanto, um retorno à margem do marxismo. Como? Reativando os conceitos que Marx apresentou em um livro escrito em 1843 e só publicado em 1927 – ou seja, bem depois da constituição do marxismo –, que é a *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel* (2010), uma crítica da filosofia jurídica de Hegel, em especial a parte dedicada ao Estado.

Por fim, além de um retorno à Marx à margem do marxismo à luz de uma obra específica, Abensour propõe situar Marx no que ele chama de "movimento maquiaveliano". (Esse é, inclusive, o subtítulo do ensaio: *A Democracia contra o Estado – Marx e o momento maquiaveliano.*) Abensour situa Marx em um terceiro ponto de uma linha que ainda tem Maquiavel e Espinosa (Abensour, 1998, p. 36). O momento maquiaveliano diz respeito a uma nova abordagem para se pensar o político. Algo como novas lentes para enxergar um velho problema. Essa abordagem passa pela redescoberta do político, pela luta contra a escatologia cristã e, ainda, pela dualidade entre "revolução democrática" e "dominação totalitária". Esse último ponto é de especial interesse para Marx, já que o problema da servidão voluntária é um problema que o preocupa profundamente – o que já mostra a defesa que Marx irá advogar em nome da liberdade.

A defesa da liberdade: esse é um ponto comum entre Maquiavel, Espinosa e Marx acentuado por Abensour. Maquiavel enquanto amante da liberdade, Espinosa como defensor da liberdade ao distinguir a política da teologia (e na ideia de fundar a "res publica" na destruição do nexu teológico-político) e, agora, Marx. Mas, como Marx? Para corroborar o seu argumento, Abensour cita (1998, p. 45) um artigo que Marx escreveu para um jornal, cujo título é *O Artigo de Fundo n.º 179*. Segundo Abensour, esse texto é um manifesto maquiaveliano-espinosista. Nele, Marx liga as suas observações a uma dimensão inaugurada por Maquiavel, uma tradição da política distinta da clássica. Marx faz as mesmas perguntas que Maquiavel. Qual é a essência da natureza do político? E, em Espinosa, percebe a importância da destruição do nexu teológico-político, pois, da autoridade divina, o teológico invade a cidade, reduzindo a comunidade política à servidão. Nesse sentido, a linha Maquiavel-Espinosa-Marx consiste em libertar a comunidade política do despotismo teológico – ou, em outras palavras, libertar a comunidade política da servidão.

\*

*A liberdade da comunidade política* – esse é o ponto chave para começarmos a compreender o paradoxo da democracia contra o Estado.

Voltemos ao termo "Estado democrático". Ele passa a impressão de que ambos, Estado e Democracia, andam sempre de mãos dadas, ou de que a democracia é uma mera modalidade de poder do Estado. Mas, Marx questiona, qual a justificativa para essa aliança, já que a democracia nasceu com a cidade grega, e não com o Estado moderno? Não nos é estranho falar em "Estado democrático"; mas, e se invertermos os termos: "Democracia-estatal"? Esse é um termo estranho, que soa mal aos ouvidos. Essa resistência da língua já demonstra o antagonismo entre os dois termos. Falar em democracia-estatal é inconcebível.

Aí está, de certa forma, a proposta de Marx: pensar a democracia sobre as ruínas do Estado.

\*

Pergunta: associar a democracia com o Estado não é uma forma de dissociá-la da revolução?

Temos que ter em mente que uma das grandes preocupações de Marx é com a servidão. E, olhando para o Estado moderno, sempre associado ao princípio democrático, não é o caso de perguntarmos se essa associação não passa de uma ilusão? Não é o caso de nos perguntarmos se essa associação não passa de uma nova forma de servidão?

Abensour apresenta a seguinte linha de raciocínio: se partirmos do pressuposto que o aspecto revolucionário da democracia é constantemente freado pelo Estado (pois a democracia repousa sobre o princípio da soberania popular com representação indireta), não estamos sujeitos a uma nova forma de despotismo? (Despotismo esse que introduz uma nova forma de servidão, que não é voluntária, mas regulada, amena e tranquila.) O Estado não permite à democracia ser um movimento revolucionário constante, freando constantemente as paixões revolucionárias.

Assim o projeto de Marx começa a ficar mais claro. Abensour: "Onde a democracia cresce até conhecer um pleno desabrochar, o Estado decresce"

(Abensour, 1998, p. 74). Está posto o antagonismo presente no título do ensaio de Abensour. Democracia e Estado não caminham de mãos dadas. O aumento da democracia leva a um desaparecimento do Estado. Entretanto, um problema ainda persiste. O antagonismo está posto, mas o enigma permanece: como uma sociedade política se realiza com o desaparecimento do Estado?

\*

O enigma é quanto ao que Marx chama de “verdadeira democracia”. O que é a “verdadeira democracia”? O que Marx nos faz imaginar é essa situação paradoxal: como o desaparecimento do Estado poderia coincidir com o aparecimento da forma política mais perfeita? A resposta a essas respostas são desenvolvidas em um capítulo do ensaio de Abensour chamado “Os quatro caracteres da verdadeira democracia”. Em primeiro lugar, temos que levar em consideração uma oposição entre Marx e Hegel. Hegel, na sua *Filosofia do Direito*, pensa o Estado na perspectiva da soberania do monarca. Hegel diz que o desenvolvimento do Estado em monarquia constitucional é a grande obra do mundo atual. Já Marx pensa o político na perspectiva da soberania do povo. Segundo ele, o povo é o Estado real. A verdadeira democracia só será alcançada quando percebermos que o povo é o Estado; que a busca da essência do político e da verdadeira democracia se confundem (Abensour, 1998, p. 82). A soberania do povo só será plenamente concretizada quando as revoluções democráticas não forem freadas, mas sim permanentemente realizadas. O povo precisa ter essa liberdade. “A forma democrática é o coroamento da história moderna enquanto história da liberdade”, escreveu Marx. Enquanto Hegel pensa a essência do político tão somente na relação senhor-escravo, Marx inverte o panorama: a essência da política consiste na prática da união dos homens – um estar-junto orientado para a liberdade. Aqui, Marx está praticamente copiando Espinosa. Segundo Espinosa, toda soberania é de essência democrática; a democracia é a mais natural e a mais capaz de respeitar a liberdade inerente dos indivíduos.

É necessário, portanto, repensar a relação entre o povo e o Estado. Mais uma vez, a oposição entre Marx e Hegel se faz presente. Hegel faz do homem o Estado subjetivado. Marx propõe o contrário: o povo não é o Estado subjetivado, mas o

inverso: o Estado é o povo objetivado. O povo é o Estado. A grandeza do povo é a sua existência. O povo é, e deve ser, um fim em si mesmo. O povo e o Estado não caminham de mãos dadas; a questão que se coloca é sobre a relação entre o povo e o Estado, pois, ou o Estado engole o povo, ou o povo se emancipa do Estado.

E como o povo consegue se emancipar, impedindo que o Estado tome o controle? Através daquilo que Marx vai chamar de “temporalidade democrática”. A democracia nunca se concretiza; não há uma linha de chegada. A democracia deve ser atividade permanente, constante. A democracia deve ser uma presença total.

Esse é o antagonismo entre a democracia e o Estado. Quando Marx escreve que quanto mais a democracia se aproxima da verdade, mais o Estado decresce, não devemos entender isso como o desaparecimento do Estado ou a diminuição do Estado no sentido de um Estado liberal. Quando Marx escreve que o aumento da democracia leva a uma redução do Estado, ele está pensando em uma redução no sentido de o Estado deixar de exercer uma eficácia total. A questão da emancipação do povo em relação ao domínio do Estado deve ser mantida a todo custo. É a forma como Marx encerra: “A revolução democrática, se ela quiser estar à altura da liberdade moderna, não pode deixar de confrontar-se permanentemente com o problema do Estado”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Um dos méritos do ensaio de Miguel Abensour é chamar a atenção para o fato de que a democracia e o Estado não significam a mesma coisa. Pode parecer uma observação simples – e de fato ela é! –, mas essa é uma observação que é, inúmeras vezes, negligenciada. Ela é importante para que não haja confusão entre “instituições democráticas” e “democracia”. A crise ou a desconfiança nas instituições democráticas não significa a crise ou a desconfiança na própria democracia. É claro que existe uma relação entre “instituições democráticas” e “democracia”, mas ela não é uma relação necessária.

Se essa distinção não é muito clara ou é constantemente negligenciada, talvez a justificativa para tanto resida na má-compreensão em relação ao próprio conceito de democracia. Em geral, o conceito de democracia é relacionado à ideia de eleições – o que é, para dizer o mínimo, uma forma de apoucar o alcance da ideia de democracia (HELD, 2006, 231-238). Sufrágio, imigração, direitos e garantias individuais – todos eles se relacionam com a democracia, mas não se confundem com ela. Sufrágio, imigração, direitos e garantias individuais são consequências de um regime democrático sólido; são, antes, consequências da democracia.

O que é, então, a democracia? Talvez seja impossível estabelecer um conceito; mas é possível apontar a essência por trás desse conceito: democracia é *inclusão*.

\*

Voltemos ao som que sai do megafone; mas, dessa vez, com as observações feitas por Abensour.

Será que aqueles sinais de disfunção democrática não são, na verdade, sinais de transtorno nas instituições democráticas? Será que as pesquisas, ao invés de apontarem para uma perda na fé em relação à democracia, não estão apontando a perda na fé em relação às instituições democráticas? Vejamos a pesquisa feita pelo New York Times/CBS (Martin, 2016) às vésperas das eleições presidenciais norte-americanas. Os dados: oito em dez eleitores estão enojados com a política. A principal reclamação repousa no fato do povo não ter importância para a classe política. Enquanto o lobby das grandes empresas exerce grande influência nas decisões e escolhas econômicas do país, a influência do povo e dos movimentos de massa é próxima à zero. Como compreender esses dados? Parece haver duas formas, antagônicas: ou como uma prova do colapso da democracia, ou como um pedido desesperado de participação democrática (um pedido desesperado de *inclusão*).

\*

O objetivo deste ensaio é propor uma forma alternativa para a compreensão do som que sai do megafone. A democracia passa hoje por um momento sensível, no Brasil e no mundo; mas, enquanto a luta por inclusão continuar, a fé na democracia permanecerá forte.

A denúncia que Abensour fez não pode ser esquecida. Associar a ideia de democracia tão somente com a ideia de representação indireta pode levar, dado o abismo que é criado entre o povo o poder, a uma nova forma de servidão. Entretanto, o que os sinais demonstram é que o povo, com o seu pedido de inclusão, não aceita esse estado de servidão pacífica. Enquanto os jovens continuarem ouvindo músicas cujo grito é por liberdade, a chama democrática continuará acesa. Pois, quando a cantora pergunta “Liberdade! Onde está você?”, esse é um grito de inclusão, um grito de denúncia sobre como é ser um negro e/ou homossexual nos E.U.A. e conviver com situações permanentes de preconceito (Rankine, 2014, p. 04). Ou, no Brasil, quando vemos os movimentos de ocupação do espaço público que tomaram o país – como não enxergar, ali, um grito de inclusão, um grito para ser ouvido e lembrado, e, com isso, não ter esperança na democracia?

## **BLESSED ARE THE SAD: DEMOCRACY AGAINST THE STATE**

### **ABSTRACT**

In recent years, it is common to come across the term “crisis of democracy”. The present essay seeks, based on a dialogue with the work *Democracy against the State*, by the french philosopher Miguel Abensour, to present some reflections on the current democratic crisis.

**KEYWORDS:** Democracy. Political theory. Miguel Abensour.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABENSOUR, Miguel. **A Democracia Contra o Estado – Marx e o Momento Maquiaveliano**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

DIAMOND, Larry. **Timeline: Democracy in Recession**. IN: THE NEW YORK TIMES, 15 de setembro, 2015. Disponível em:  
[http://www.nytimes.com/interactive/2015/09/13/opinion/larry-diamond-democracy-in-recession-timeline.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/interactive/2015/09/13/opinion/larry-diamond-democracy-in-recession-timeline.html?_r=0). Acesso em: 15 nov. 2020.

EUGENIDES, Jeffrey. **Middlesex**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HAITD, Jonathan. **The Righteous Mind – Why Good People Ares Divided by Politics and Religion**. New York: Pantheon Books, 2012.

HELD, David. **Models of Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2006.

HOUELLEBECQ, Michel. **Submissão**. Rio de Janeiro: Alfaburara, 2016.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave – Democratization in the late twentieth century**. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

MARTIN, Jonathan; SUSSMAN, Dalia; THEE-BRENAN, Megan. **Voters Express Disgust Over U.S. Politics**. IN: THE NEW YORK TIMES, 03 de novembro, 2016. Disponível em:  
[http://www.nytimes.com/2016/11/04/us/politics/hillary-clinton-donald-trump-poll.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/11/04/us/politics/hillary-clinton-donald-trump-poll.html?_r=0). Acesso em: 15 nov. 2020.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

MOUNK, Yascha. **The Week Democracy Died**. IN: SLATE MAGAZINE, 14 de agosto, 2016. Disponível em:

[http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/cover\\_story/2016/08/the\\_week\\_democracy\\_died\\_how\\_brexit\\_nice\\_turkey\\_and\\_trump\\_are\\_all\\_connected.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/cover_story/2016/08/the_week_democracy_died_how_brexit_nice_turkey_and_trump_are_all_connected.html). Acesso em: 15 nov. 2020.

RANKINE, Claudia. **Citizen: An American Lyric**. New York: Graywolf Press, 2014.

SANDOVAL, Pablo Ximénez. **Donald Trump insulta mexicanos ao anunciar sua candidatura**. IN: EL PAÍS, 17 de junho, 2015. Disponível em:

[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/17/internacional/1434507228\\_187374.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/17/internacional/1434507228_187374.html). Acesso em: 15 nov. 2020.

SAUNDERS, George. **The Braindead Megaphone**. New York: Riverhead Books, 2007.

SMITH, Zadie. **Fences: A Brexit Diary**. IN: THE NEW YORK TIMES REVIEW OF BOOKS, 18 de agosto, 2016. Disponível em:

<http://www.nybooks.com/articles/2016/08/18/fences-brexit-diary/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

STRAND, Havard; HEGRE, Havard; GATES, Scott; DAHL, Marianne. **Democratic Waves? Global Patterns of Democratization, 1816-2008**. Apresentado no 3rd International Conference on Democracy as Idea and Practice, Oslo, 12-13 de janeiro, 2012. Disponível em:

[http://folk.uio.no/hahegre/Papers/WhyWaves\\_2012.pdf](http://folk.uio.no/hahegre/Papers/WhyWaves_2012.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA  
E A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 90/2015**

**Moreno Oliveira<sup>1</sup>  
Ricardo Braida<sup>2</sup>**

**RESUMO**

A constitucionalização simbólica no Brasil demonstra sua força no sentido em que grupos de pressão se movimentam e tomam cada vez mais o espaço no debate público, sendo o Brasil um país periférico com desigualdades econômicas visíveis em diversos sentidos, o que acaba destoando na criação de emendas constitucionais, que não irão surtir efeitos práticos de mudança efetiva na realidade dos fatos. O presente estudo pretende analisar a teoria da constitucionalização simbólica e seu nascimento no Brasil, passando de forma geral pelas legislações simbólicas, abordando a sua tipologia e fundamentos básicos e como se dá a criação dessas normas de caráter simbólico no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, destaca-se o fenômeno da Constitucionalização simbólica, a partir das jornadas de 2013 e a Emenda Constitucional n.º 90/2015.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização. Constitucionalização simbólica. Emenda Constitucional n.º 90/2015.

**INTRODUÇÃO**

A constitucionalização simbólica é uma teoria que se materializa no contexto social, como hipertrofia ou crescimento da função política da norma jurídica, em detrimento a normatização jurídica, ou seja, a carga política sobrepõe à carga normativa.

O presente estudo apresenta como objetivo geral, analisar a teoria da

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito. Email: moreno10\_oliveira@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2020) e professor no curso de Direito no Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora (MG). E-mail: ricardofbraida@gmail.com

constitucionalização simbólica e seu nascimento no Brasil, passando de forma geral pelas legislações simbólicas, abordando a sua tipologia e fundamentos básicos e como se dá a criação dessas normas de caráter simbólico no ordenamento jurídico brasileiro, fenômeno que se torna cada vez mais rotineiro no Direito contemporâneo.

Para se fazer uma análise técnica, foram abordados os seguintes objetivos específicos: fazer uma análise técnica da legislação simbólica e sua tipologia, como: a confirmação de valores sociais; a capacidade de atuação do Estado; e adiamento de soluções. Outro objetivo específico é abordar o fenômeno a partir do texto constitucional .

A problemática da Constitucionalização simbólica se dá, a partir do momento em que a carga política do texto constitucional, se torna maior do que a sua carga normativa, criando assim a concretização desconstitucionalizante, colocando em risco o ordenamento jurídico como um todo pela falta de eficácia jurídica.

Existem dois sistemas a serem considerados, o Sistema Político e o Sistema Jurídico, e esses sistemas devem estar em constante harmonia, apesar de serem autônomos. Quando a carga política de uma norma se torna maior que sua carga política de uma forma geral nasce o seu caráter simbólico.

## **1 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E SUA DEFINIÇÃO**

Para se investigar a teoria proposta pelo professor Marcelo Neves acerca da Constitucionalização simbólica (NEVES, 2011), deve-se aprofundar o estudo da legislação simbólica de uma forma mais detalhada trazendo o conceito que antecede o tema da Constitucionalização simbólica e serve como ponto de partida para o estudo, trazendo uma conceituação teórica, para então se expor os exemplos práticos.

A legislação simbólica, conforme demonstra Marcelo Neves em sua obra “A constitucionalização simbólica”, em que estuda diversos autores alemães, entre eles Harold Kinderman e Niklas Luhman e tem como grande divulgador no Brasil, Pedro Lenza (LENZA, 2020) se caracteriza pela não eficácia da legislação na realidade fática, por crescimento de sua carga política, em detrimento a normatização jurídica, onde se mostra o aumento significativo de grupos de pressão social e diminuição da

autonomia do poder legislativo.

Esse fenômeno acontece em sociedades periféricas em que se observa uma maior desigualdade dos fatores socioeconômicos

Países sul-americanos que ainda estão em desenvolvimento e esperam por respostas rápidas e urgentes como é o caso do Brasil; como salienta Marcelo Neves, em sua conceituação acerca do tema legislação simbólica, “[...] aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e de seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”. (NEVES, 2011, p. 23).

Amparado na leitura de escritores alemães, Neves coloca em questão a capacidade normativo-jurídico do Estado e as funções determinadas pelo Direito de uma forma geral como regulador de condutas humanas e a confiança nas instituições públicas em se criar normas que tenham como finalidade a capacidade de interação e realização no meio social em que ela é aplicada, sem que a sua função normativa seja deturpada, o que pode gerar ineficácia ou até mesmo o favorecimento e vitória de grupos com pensamentos sólidos e polarizados.

Essa normatização traz a falsa sensação de que respostas com certo grau de imediatividade e urgência terão caráter satisfatório, sem que se debata de forma técnica no poder legislativo e passando o projeto de lei pelas respectivas comissões que tratam do seu conteúdo.

Observa-se na legislação simbólica de forma expressa em países que adotaram a lei escrita ou positivada no ordenamento jurídico, como é o caso do Brasil, o mero formalismo no que tangue as normas jurídicas sem aplicação material, o que pode causar uma descrença no sistema jurídico trazendo como consequências insegurança jurídica e criação de leis sem limitação, como cita Marcelo Neves em sua obra a “A constitucionalização simbólica”:

Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes problemas da legislação simbólica é condicionado estruturalmente, sendo antes de se falar em interesses sociais que a possibilitam do que de vontade ou intenção do legislador. (NEVES, 1994, p. 31).

Como bem se assevera no trecho descrito acima, a função do legislador é

demasiadamente mitigada ou reduzida pelo desejo social ferindo a sua autonomia, sendo sua função normativa adormecida, não manifesta.

A legislação simbólica pode se dividir conforme a sua tipologia básica e classificação, como a confirmação de valores sociais, a capacidade de atuação do Estado frente às demandas sociais de forma rápida e emergencial, criando legislações álibis, e o adiamento das soluções, em que se posterga para o futuro a solução do conflito. (NEVES, 2011).

Essa Tipologia abordada por Neves foi desenvolvida após estudos pautados em obras do jurista alemão Harald Kindermann (NEVES, 2011 *apud* KINDERMANN, 1988, p. 31) investigando como nascem essas legislações simbólicas, fazendo uma abordagem mais específica com exemplos e debates jurídicos importantes para se aprofundar o tema, tendo como premissa de que os conceitos e tipologia destacados abaixo se aplica também a Constitucionalização simbólica, sendo que as semelhanças e diferenças são debatidas no decurso do trabalho.

## 1.1 Tipologia

Os estudos da legislação simbólica e Constitucionalização simbólica analisam as premissas fundamentais da criação dessas normas com excesso de carga política. Partindo dos estudos de Marcelo Neves (NEVES, 2011) sob uma ótica do jurista alemão Harold Kinderman e sua análise que divide a legislação simbólica, onde nitidamente se vê o legislador aderindo ao posicionamento de um grupo social específico em detrimento de outro grupo social, fazendo surgir uma espécie de vitória legislativa do grupo vencedor, como se extrai do manual de “Direito Constitucional” do professor Pedro Lenza, como a legislação simbólica que confirma valores sociais:

Nesse caso, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa “vitória legislativa”. Caracteriza-se como verdadeira superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa da lei. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade lefigerante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo “adversário”. (LENZA, 2020, p. 91)

A capacidade valorativa mostra a força ideológica de grupos dentro da sociedade, como forma de supremacia de seus interesses colocando em risco o

princípio da equidade, que tem como premissa que todos são iguais perante a lei, devendo ter tratamento isonômico, o que é extremamente antagônico a essa espécie de legislação simbólica, visto que um grupo terá a sua vontade normatizada pelo ordenamento jurídico e o outro grupo irá ser derrotado, criando uma espécie de hierarquia e disputa de valores entre eles.

Passando para a segunda Tipologia da Legislação simbólica (NEVES, 2011), que mais se destaca por ser a que melhor exemplifica a teoria e traz o tópico mais importante a ser observado, é a falsa sensação de que o Estado consegue adotar uma postura de criação de normas emergenciais que não vão sair do campo político-ideológico, trazendo respostas rápidas e álibis, impulsionado cada vez mais por grupos sociais específicos, que funcionam em um primeiro tempo para se acalmar os ânimos da sociedade em que se demonstra a confiança na esfera legislativa e no governo, como aborda David Francisco Lopes Gomes, doutor em Direito professor da Universidade Federal de Minas Gerais:

Isto é, como legislação elaborada para tentar reforçar a confiança na capacidade de ação dos sistemas político e jurídico estatais, portanto, “para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. (GOMES, 2017, p. 445).

O que se busca é o sentimento de que os problemas estão sendo resolvidos e que o Estado é capaz de resolver diversos litígios de forma eficaz, embora a normatização não vá mudar de forma estrutural aquela demanda, causando certo grau de ilusionismo social, o que leva a falta de compreensão do próprio Direito.

A demonstração de capacidade do Estado ao se criar tais normas, fere a existência do próprio Estado Democrático de Direito, visto que princípios são violados, como o princípio da razoabilidade e proporcionalidade que são essências do próprio Direito e que orientam a aplicação do ordenamento jurídico com objetivo de se evitar excessos, atendendo uma situação concreta.

No Brasil, se destacam mudanças na legislação penal como resposta efetiva a sociedade, quem tem uma perspectiva de vingança contra aqueles que cometem crimes, seja pela sensação de impunidade ou moralismo exacerbado, colocando no legislador uma pressão direta, principalmente em períodos eleitorais, em que se busca a permanência no poder. Como afirma Neves: “No Direito Penal, as reformas

legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes”. (NEVES, 2011, p. 38).

Evidencia-se a legislação álibi no sistema jurídico brasileiro na implementação da intervenção Federal em 2018, pelo Decreto n.º 9.288/2018 (BRASIL, 2018), que traz em seu conteúdo a justificativa em seu art. 1º parágrafo 2º de que o estado do Rio de Janeiro passa por uma grande onda de violência urbana e seria necessária uma intervenção Direta da força do estado para resolução daquele problema.

Muito criticado por grandes Juristas sobre questões envolvendo inconstitucionalidades, a edição do decreto remete mais uma vez ao assunto sobre a violência no estado do Rio de Janeiro, buscando reparar a confiança no estado que detém o monopólio da força em que se tentou tratar o sintoma da violência social, trazendo a falsa sensação de que esse grave problema se resolveria de forma superficial, sem uma mudança estrutural e real que é o que realmente pode em longo prazo reduzir a violência presente no ente federativo em questão.

Última espécie que faz parte da Tipologia da Teoria da Legislação simbólica do modelo tricotômico estudado por Marcelo Neves (NEVES, 2011 *apud* KINDERMANN, 1988, p. 41) é o adiamento por compromissos dilatórios, ou simplesmente adiamento de soluções, como destaca Neves:

A legislação simbólica também pode servir para adiar solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia da respectiva lei.

Não existe uma solução definitiva para as questões sociais, mas sim um acordo entre os grupos divergentes que não se conclui pelo legislativo propriamente dito, retomando a discussão inicial de que a atuação desse poder se torna demasiadamente mitigada ou entorpecida cabendo somente o cancelamento de tal poder devido a pressões sociais com força cada vez mais político-ideológicas, transferindo para outro momento a solução daquele conflito.

Analisando este contexto, a legislação se torna impossível de ser aplicada no momento em que ela “nasceu”, seu sentido jurídico se perde, não atendendo quando se tratar de emendas constitucionais, a Constituição e sua força normativa também

ao princípio da máxima efetividade das normas, como modo de se assegurar e concretizar Direitos sociais.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E SUA FUNÇÃO POLÍTICA NORMATIVA**

Demonstrado o conceito de legislação simbólica e sua Tipologia o trabalho passa ao assunto Constitucionalização simbólica, que não se confunde com o primeiro, visto que esse capítulo trata de forma específica ao texto constitucional tema abordado pelo professor Marcelo Neves em que traz como premissa a hipertrofia do sistema político frente a capacidade jurídico-normativa do contexto fático em que se responde de forma simbólica questões sociais importantes, produzindo efeitos de uma concretização desconstitucionalizante meramente política onde essa condição se destaca com muito mais vigor do que a sua força normativa, postergando a real solução do problema. Nas palavras de Marcelo Neves: “No mínimo há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social”. (NEVES, 2011, p. 105).

A problemática da Constitucionalização simbólica se dá no sentido que a Constituição reflete todo ordenamento jurídico e quando sua carga política é maior do que sua função normativa ocorre um problema na validação do conjunto de normas vigente naquele país, que acarreta em diversos problemas sociais e políticos. A tipologia da Constitucionalização simbólica é idêntica à legislação simbólica abordada anteriormente com a confirmação de valores sociais, adiar os problemas e capacidade de atuação do Estado em editar esses textos que não atendem a realidade dos fatos.

Neve traz como base de seus estudos a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhman onde existe um vínculo entre política e Constituição, e que esses devem estar sempre em harmonia para uma interpretação ideal do texto constitucional. Essa harmonia deve ser encontrada como uma maneira de se equilibrar a relação entre a política e o Direito para que o mesmo continue sendo operacionalizado em sua forma plena, guardando a sua autonomia, não sendo determinado somente pela política

famigerada. Como demonstra o trecho abaixo:

Não só como acoplamento estrutural entre política e direito pode ser conceituada a Constituição em uma perspectiva da teoria dos sistemas. É possível concebê-la, sob o ponto de vista político-sociológico, como um instituto específico do próprio sistema político. Mas, para os fins a que me proponho, a análise do significado da constitucionalização simbólica, apresenta-se estrategicamente oportuno o conceito de Constituição como subsistema do sistema jurídico. (NEVES, 2007, p. 67).

Em constituições modernas onde se interpreta de forma aberta o texto constitucional, se utilizando de diversas técnicas, se visualiza com maior nitidez o acoplamento entre essas duas forças como mostra o professor David Francisco Lopes Gomes: “A esta altura da exposição, uma primeira síntese é possível. Constituições modernas poderiam ser conceituadas como estruturas de acoplamento entre os sistemas do direito e da política.” (GOMES, 2017, p. 454).

Países periféricos que ainda estão desenvolvendo sua cidadania tem essa dificuldade e enfrenta uma esperança de que o texto constitucional irá ser concretizado, trazendo os direitos sociais tão desejados pela marcante desigualdade em diversos segmentos da sociedade, o que leva a problematização da corrupção sistêmica em que se é mais fácil agir na ilegalidade, do que enfrentar as questões.

Marcelo Neves ainda trata do tema como a desconstitucionalização fática, onde existe uma degradação do sentido do texto constitucional, a fragilidade da normatização jurídica onde se utiliza da própria criação de normas para motivar o distanciamento da realidade fática, se utilizando tanto de procedimentos fixados na Constituição ou de técnicas interpretativas como a mutação constitucional sem que se altere o texto da norma.

No caso brasileiro observa-se, que as emendas constitucionais se tornam sempre plano de um governo específico, dependendo ou vinculando a sua diretriz político-ideológica se transformando em palanque político sem que exista uma real alteração social, mesmo sendo a Constituição de 1988 a pretensão de ser normativa com a real concretização de seu texto e não nominalista quanto a sua correspondência com a realidade, conforme destaca Guilherme Pena de Moraes “[...] é a em que o processo político é configurado pela ordem constitucional, de maneira que há concordância entre as normas constitucionais e a realidade política, tal como

pretende ser a Constituição de 1988”. (PENA, 2018, p. 105).

Deve-se destacar no Brasil a necessidade de perpetuação no poder como salienta o professor Marcelo Neves, onde aborda o tema com maior profundidade em seu trabalho apresentado na XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em que a Constitucionalização simbólica visa manter o *status quo* nessa relação de poder, como se destaca o trecho abaixo sobre essa concretização desconstitucionalizante das constituições nominalistas:

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das constituições nominalistas dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do Status quo social. E constante corrupção do texto constitucional no sentido que as normas se tornam viciadas caindo em um ciclo eterno. (NEVES, 1994, p. 324).

Após o estudo abordar o conceito da Constitucionalização simbólica de uma forma geral, o estudo agora foca neste fenômeno social que aconteceu no Brasil com a Emenda Constitucional n.º 90/2015, a emenda que constituiu o transporte em Direito social no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

A Constitucionalização simbólica no Brasil demonstra sua força no sentido em que grupos de pressão se movimentam e tomam cada vez mais o espaço no debate público, sendo o Brasil um país periférico com desigualdades econômicas visíveis em diversos sentidos, o que acaba destoando na criação de emendas constitucionais, que não irão surtir efeitos práticos de mudança efetiva na realidade dos fatos, como se observa em momentos anteriores do trabalho. Trata-se aqui de forma específica a Emenda Constitucional n.º 90/2015 que tem como marco temporal as jornadas de 2013, onde se condensa a tipologia da legislação simbólica de uma forma geral e sua aplicação no que tange ao texto constitucional com a Emenda Constitucional do Transporte Público que efetivou o mesmo como Direito social constante no art. 6º da Constituição Federal. Como diz Ruan Carlos Pereira Costa em seu trabalho de mestrado:

[...] modelo que se adequa ao exemplo de constitucionalização simbólica trabalhada por Marcelo Neves (2016) e, conseqüentemente, ao processo que consagrou o direito ao transporte público como um direito fundamental social de forma expressa no art.6º da Constituição Federal/88. (PEREIRA, 2018, p. 88).

Então o trabalho passa a analisar a carga simbólica que a Emenda Constitucional n.º 90/2015 possui em seu texto normativo, passando por questões e fundamentos importantes anteriormente expostos, porém agora se aborda um ponto de vista prático, não sendo o seu objetivo aprofundar sobre o tema do transporte público em si, mas aprofundar a discussão sobre a Constitucionalização simbólica sob a perspectiva de que grupos sociais podem pressionar o poder legislativo de uma forma política. “Dentro dessa perspectiva foi que o campo de luta por melhorias e garantia do direito ao transporte sai das ruas e ganha o cenário político-legislativo, cujos debates foram visivelmente impulsionados pela repercussão das Jornadas de Junho”. (PEREIRA, 2018, p. 37).

As jornadas de 2013, fato que marcou a sociedade brasileira, acentuando as tensões e o descompasso entre a população e a política Nacional, acabam propiciando o nascimento de fortes movimentos e grupos de pressão que em um primeiro momento, tem temas específicos. As manifestações tiveram início em São Paulo e Rio de Janeiro, depois se espalharam por todo o Brasil, mostrando a força dos grupos sociais no âmbito Nacional, tendo como grande líder o Movimento Passe Livre (MPL), que é um grupo autônomo que tem como pauta o transporte público e a tarifa zero para a população. Vale ressaltar que em momento anterior a Emenda Constitucional n.º 90/2015, já existia uma Proposta de Emenda Constitucional, que tratava do mesmo assunto, porém a aprovação da Emenda Constitucional n.º 90/2015 foi demasiadamente impulsionada por grupos de pressão, levando a criação a Emenda Constitucional n.º 90/2015, diz Ruan Carlos Pereira da Costa:

Devido à magnitude desse protesto no Brasil e com efeitos espalhados até mesmo no exterior, pensa-se que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) tenha sido rapidamente destravada. Fato: o processo legislativo recebeu um impulso que não vinha acontecendo, de maneira que tramitou célere na Câmara dos Deputados ocasionando sua posterior aprovação e inserção na CRFB/88. (PEREIRA, 2018, p. 11).

As eleições do ano de 2014 também são um referencial, no que tange a Emenda Constitucional n.º 90/2015 e sua resposta *álibi*, onde a necessidade de se manter o *status quo* e o poder, visto que no ano seguinte seriam as eleições para presidente, governadores e cargos no legislativo, se fez muito presente, como uma mensagem de cunho político a população. O que remete novamente ao que Marcelo

Neves aborda sobre a concretização desconstitucionalizante, onde o próprio texto constitucional é utilizado para este fim e emendas constitucionais no Brasil assumem um caráter de plano de governo, remetendo ao que já foi discutido sobre a corrupção sistêmica.

A emenda constitucional tem como função alteração do texto da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, sendo que deve passar pelo quórum necessário para que se concretize, tendo como validade, o amplo debate nas casas legislativas, devidas comissões acerca do tema, proporcionando assim uma ampla condição técnica para que se chegue à finalidade desejada.

A emenda constitucional dos transportes incorporou ao texto constitucional, em seu art. 6º, que trata dos Direitos Sociais criando na população uma expectativa de que finalmente o problema seria resolvido, e que os cidadãos iriam finalmente ser atendidos e terem um transporte público de qualidade, respeitando a sua dignidade e individualidade. Contudo a positivação de normas no Brasil não significa eficácia real de sua aplicabilidade, pelo menos até o presente momento, o transporte público não sofreu alterações significativas, sendo cobradas tarifas cada vez mais altas e serviço cada vez mais cinco anos após a sua implementação, o transporte público, apesar de se tratar do texto constitucional. Nas palavras de Ruan Carlos Pereira Costa:

Toda essa movimentação do Poder Legislativo para aprovar a Emenda do transporte público, em uma verdadeira manobra política, aliada aos questionamentos práticos acima apresentados convergindo para uma manifesta ausência de efetividade prática desse direito, permite-se a constatação inicial da ocorrência do fenômeno da constitucionalização simbólica do direito fundamental social ao transporte público coletivo. (PEREIRA, 2018, p. 81).

A criação e promulgação da Emenda Constitucional serviram como um álibi para o Estado, se tratando de uma constitucionalização álibi. A visão que se tinha era dar uma resposta de caráter emergencial, contudo a estrutura do transporte público não mudou de fato e serviu para colocar fim as manifestações e tentar responder de forma satisfatória aquele problema social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao iniciar o trabalho de pesquisa, se apresentou a Teoria das Legislações

Simbólicas, a fim de se entender com mais profundidade a Constitucionalização simbólica e sua manifestação social, abordando os seus conceitos e buscando exemplos práticos de sua aplicação no meio social.

A partir das pesquisas bibliográficas utilizadas no trabalho, buscou-se identificar e analisar o fenômeno da Constitucionalização simbólica, passando de uma forma geral pelas legislações simbólicas, que se trata da função política da norma em detrimento a sua função jurídica, que derivam de debates no legislativo que não visam à qualidade ao se criar as normas, mas sim a falsa sensação de que critérios quantitativos são superiores.

Nesse sentido, a emenda constitucional dos transportes incorporou ao texto constitucional, em seu art. 6º, que trata dos Direitos Sociais criando na população uma expectativa de que finalmente o problema seria resolvido, e que os cidadãos iriam finalmente ser atendidos e terem um transporte público de qualidade. Contudo a positivação da norma no Brasil não significou eficácia real de sua aplicabilidade, pelo menos até o presente momento, permanecendo precarizado tal direito fundamental.

## **THE SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION AND THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT No. 90/2015**

### **ABSTRACT**

Symbolic constitutionalization in Brazil demonstrates its strength in the sense that pressure groups move and increasingly take up space in the public debate, with Brazil being a peripheral country with inequalities taken care of in several ways, which ends up clashing in the creation of constitutional amendments, that will not have the practical effects of an effective change in the reality of the facts. This study analyzes the theory of symbolic constitutionalization and its birth in Brazil, going through symbolic legislation in general, addressing its typology and basic foundations and how the creation of norms of a symbolic nature takes place in the Brazilian legal system. Analyzing the technique of symbolic legislation and its typology. Therefore, the

phenomenon of symbolic Constitutionalization is highlighted, from the 2013 days and Constitutional Amendment No. 90/2015.

**KEYWORDS:** Constitutionalization. Symbolic Constitutionalization. Constitutional Amendment No. 90/2015

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 28/10/2020

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Emenda Constitucional nº90, de 15 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)> Acesso em :30/10/2020

FRANCISCO, David. **Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica**. Revista eletrônica do curso de Direito, UFMS, Santa Catarina, v 12, n. 2, p. 442-471, agosto. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369424821>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24821>. Acesso em 26. Out.2020

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado 2020**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 1 ed. São Paulo: editora acadêmica. 1994.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PENA, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 9.288 de 16 de Fevereiro de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm) Acesso em: 30/10/2020

## **A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E NAS DECISÕES JUDICIAIS**

**Matheus Pena Rodrigues<sup>1</sup>  
Ricardo Ferraz Braida Lopes<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente trabalho objetiva traçar a relação entre as redes sociais e a formação da opinião pública. Assim, propõe-se delimitar pontos onde este modo de formação de opiniões influencia o julgamento de questões legais no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se, entretanto, que não objetiva findar a discussão, mas trazê-la à baila, de modo a, eventualmente, embasar discussões futuras sobre o tema. Para desenvolver o tema, recorreu-se à metodologia da pesquisa bibliográfica, buscando referência em artigos acadêmicos, reportagens, Doutrinas Jurídicas e ementas de julgamentos que evidenciassem o teor da discussão abordada. No mais, espera-se que este estudo incentive a discussão sobre como o Direito vem se modificando para se adequar ao mundo digitalizado, e como normas legais podem ser ressignificadas através de tal fenômeno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Opinião Pública. Decisões Judiciais. Redes Sociais.

### **INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem por objetivo demonstrar como as redes sociais, recentemente, se tornaram um importante elemento no processo de formação da opinião pública como fator extrajudicial nas decisões proferidas pelo julgador.

Para tanto, se discute a nova noção de veiculação de informações, como a interação social se modificou e dinamizou com as redes sociais, como o

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, pela Instituição Estácio de Sá (2020). E-mail: matheusrodrigues170196@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2020), e professor no curso de Direito no Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora (MG). E-mail: ricardofbraida@gmail.com

cidadão vem exercendo suas manifestações e como elas vêm impactando a ordem política e jurídica do país.

Para comprovar como as redes sociais vêm sendo utilizadas como espaço de debate de ideias, resgata-se, aqui, importantes acontecimentos da História brasileira recente, como as manifestações pela redução do valor das passagens de ônibus, as passeatas pró-impeachment de Dilma Rousseff, até uma análise mais aprofundada do método de campanha adotado por políticos que, hoje, exercem mandatos.

Discute-se, também, como debates promovidos em meio digital chegam ao conhecimento de um julgador, a ponto de influenciá-lo na tomada de decisões. Como exemplo de debates que extrapolaram a esfera digital, trazemos votos de julgadores sobre temas como aborto, legalização do uso de drogas e sobre a possibilidade de que haja cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de uma sentença judicial.

Esta é uma pesquisa teórica, que busca fundamento prático em casos concretos, onde se verifica o clamor popular agindo como um dos fatores extrajudiciais que integram os votos de um julgador. Perpassa-se, também, pela descentralização do monopólio da informação, até então, exercida por mídias audiovisuais ou impressas, e como o julgador, desde sempre, sofre influência – consciente ou não –, de fatores extrajudiciais, ilustrando porque é impossível exigir uma decisão puramente imparcial de um ser humano

## **1 A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR FRENTE A OPINIÃO PÚBLICA.**

Entenda-se que a imparcialidade almejada pela Constituição Federal de 1988 não implica em neutralidade do julgador, leia-se, o que se espera é que suas opiniões, e, conseqüentemente, suas decisões, sejam fundamentadas, exclusivamente, nos fatos e documentos pertinentes ao processo.

Idealmente falando, tal procedimento não poderia ser pensado de outra maneira, mas é impossível não perceber o ululante: o julgamento é feito por seres humanos, dotados de uma personalidade que precede a sua formação em

Direito. Compõe-se de suas vivências, memórias, ideologias e conceitos acerca dos assuntos, que por diversos meios lhe são introjetadas, desde que este desenvolve consciência e percepção do mundo. Nesta esteira, cita Barroso (2014, p. 28)<sup>3</sup>:

Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Todo caso difícil pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquela que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo

Assim, durante o processo de formação do julgador, este analisa os princípios basilares ao ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais dos seres humanos e as garantias processuais. E, portanto, teoricamente, lhe é apresentado o mundo do “dever-ser”, no qual a regra legal é estritamente observada – inclusive, a imparcialidade, quando do julgamento. Neste sentido, ilustra bem a reportagem veiculada pelo portal eletrônico da revista Carta Capital (Filgueiras, 2012, online), intitulada “O Judiciário, o CNJ e a opinião pública”<sup>4</sup>, no seguinte trecho:

Uma das características desejáveis para o Poder Judiciário, para o liberalismo, é que ele seja imune aos interesses políticos e privados, assim como o processo de decisão realizado pelos juízes seja surdo ao clamor da opinião pública. Um dos preceitos fundamentais do liberalismo político é que o Poder Judiciário seja despolitizado, de forma que suas decisões ocorram na letra fria da lei e que, desse modo, ocorra a justiça como resultado final do processo judicial.

Entretanto, antes de se formar em um curso de Direito, o, hoje, julgador, passa pela formação de base, desde criança. Cresce e se desenvolve tendo contato com a mídia, que influencia suas opiniões, que perpassam o seu lar, no

<sup>3</sup> Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em 22/03/2020.

<sup>4</sup> Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj-e-a-opinioao-publica/>>. Acesso em 20/03/2020.

tangente aos familiares, amigos, professores e demais conhecidos. O consenso sobre determinado assunto é denominado de opinião pública.

Sendo o julgador, obviamente, um ser humano, exigir que este profira uma decisão “pura”, 100% focada nos elementos processuais, é negar-lhe a racionalidade humana, esperando que suas ações sejam tomadas e processadas, em seu cérebro, como um robô, automatizando seu papel, enquanto operador do Direito.

Isto, porque, por óbvio, cada ser humano tem suas convicções, sentimentos, ideologias e bagagens culturais. E, ressalta-se, Aristóteles já dizia que “o homem é um animal social”, no sentido de que, para nós, é necessário que nos agrupemos, com base em afinidades, de pensamentos, finalidades, culturas e objetivos coletivos, para que nos sintamos pertencentes a um grupo social e, portanto, “completos”.

Todos os elementos expostos atestam que, sendo o julgador um ser humano, é impossível exigir-lhe que seja 100% imparcial, vez que suas vivências sociais e pessoais sempre serão componentes de suas decisões proferidas, até mesmo de maneira inconsciente, já que os elementos citados são intrínsecos à personalidade do julgador, e, portanto, indissociáveis, quando do exercício de suas funções.

## **2 AS REDES SOCIAIS E A OPINIÃO PÚBLICA**

A grande mídia não exerce mais o monopólio sobre a formação da opinião pública, com o advento das redes sociais, como Facebook<sup>5</sup> e WhatsApp<sup>6</sup>, que democratizaram o acesso à informação. Através de grupos formados em páginas virtuais, vemos informações (verdadeiras ou não) sendo divulgadas, mobilizações sendo coordenadas, acontecimentos sendo discutidos, e toda sorte de debates.

---

<sup>5</sup> Rede social extremamente popular ao redor do mundo. <[www.facebook.com](http://www.facebook.com)>.

<sup>6</sup> Aplicativo de mensagens instantâneas que é massivamente utilizado em celulares de todo o mundo. <<https://web.whatsapp.com/>>

Como na ágora, a praça pública onde os gregos se reuniam para discutir as pautas que seriam decididas através do voto popular – por consequência, democrático –, hoje, as plataformas virtuais permitem verdadeiras organizações militantes a se agregar para protestar e manifestar seus (in)conformismos com os acontecimentos no Brasil.

Assim sendo, é natural que, com tanta informação à disposição e a possibilidade de fazer pesquisas com poucos cliques, cada cidadão conectado à rede se informe a partir do veículo que mais lhe apresente semelhanças com sua visão de mundo.

Ainda, com os algoritmos e filtros, cada vez mais, segrega-se a opinião pública em verdadeiras bolhas sociais, o que faz com que surjam diversos grupos, por vezes, com opiniões diametralmente opostas acerca de um mesmo assunto, quebrando até mesmo a noção de homogeneidade da opinião pública, trazendo ainda mais nuances que podem influenciar, direta ou indiretamente, a decisão de um julgador, em um caso onde os olhos da opinião pública estão sempre atentos.

Nesse sentido, foi-se o tempo em que era necessário estar nas ruas para pressionar os representantes legais do povo a ouvir o clamor popular. Hoje, com o advento e popularização das redes sociais, se um assunto gera engajamento o bastante, certamente, será ouvido e discutido pelos agentes políticos responsáveis pelo funcionamento prático de nosso ordenamento jurídico.

Como exemplo, podemos citar os ditos “panelaços”, contrários a medidas impopulares adotadas por governantes. Estes, sempre são organizados através de convocações por WhatsApp, Facebook, Instagram<sup>7</sup> e afins. Nem sempre há um agrupamento físico de pessoas protestando.

Um texto, um vídeo ou mesmo uma foto viral já são o bastante, por vezes, para garantir o engajamento do público virtual sobre determinado assunto e, assim, gerar o debate.

Cabe, ainda, ressaltar que nem só através da interação social direta é possível mobilizar o tecido social, quando em meio digital. Podemos citar as

---

<sup>7</sup> Aplicativo de veiculação de fotos e mensagens privadas. <[www.instagram.com](http://www.instagram.com)>.

plataformas de vídeo, como, por exemplo, o YouTube, onde o vídeo atinge o espectador, mas o diálogo se dá de forma indireta, vez que o vídeo veiculado é previamente gravado, em regra.

Sendo assim, é importante sublinhar que o que torna um site uma rede social é exatamente a finalidade pretendida por seus usuários, em relação ao serviço oferecido pela plataforma.

Neste sentido, temos Recuero (2009, p.3)<sup>8</sup>:

As redes sociais também devem ser diferenciadas dos sites que as suportam. Enquanto a rede social é uma metáfora utilizada para o estudo do grupo que se apropria de um determinado sistema, o sistema, em si, não é uma rede social, embora possa compreender várias delas.

É evidente, portanto, que as redes sociais são, por muitas vezes, o novo espaço que se considera a esfera pública, sendo, nelas, concentrado o espaço de debates e propagação de informações.

## **2.1 As redes sociais como catalisadoras da Opinião Pública**

Como já relatado, as redes sociais são as plataformas que conectam pessoas com interesses em comum. Assim sendo, por óbvio, pessoas de pensamento similar se conectarão com mais facilidade.

Através de grupos nas redes sociais, são veiculadas informações e notícias que, geralmente, corroboram o ponto de vista dos indivíduos participantes.

Importante ressaltar que a internet não apenas pode propagar a informação. Pode, também, armazená-la, por tempo indeterminado. Ou seja, informações de anos atrás podem ser acessadas, com poucos cliques.

Assim, e tendo em mente a técnica de enquadramento da informação, a gama de informações disponíveis, a qualquer tempo, tem exercido um papel fundamental nos debates promovidos via internet.

---

<sup>8</sup> Disponível em <<http://raquelrecuero.com/artigos/artigoredesjornalismorecuero.pdf>>. Acesso em 22/03/2020.

Isto porque, de acordo com seu interesse, cada um dos emissores da mensagem pode utilizar um fato em um contexto que favoreça sua opinião, seu ponto de vista, para que sua argumentação seja validada. Ou, até mesmo, criar factoides, meias-verdades.

Ou seja, a grande mídia deixou, também, de monopolizar o filtro das informações veiculadas. No meio virtual, a filtragem é, majoritariamente, exercida pelo destinatário. Portanto, o leitor/ouvinte/destinatário tem muito mais controle sobre a notícia, no sentido de só chegar até ela por vontade própria. Enquanto, em um telejornal, os editores decidem o que será pautado, na internet, o receptor tem muito mais controle sobre quais informações lhe convém.

Trazendo esta noção a uma coletividade, entende-se como as pessoas, nas redes sociais, se organizam em grupos, onde as informações veiculadas cumprem a função de alimentar e validar o seu viés político.

Nesta esteira, entendemos, por exemplo, como se deu a organização das passeatas que impulsionaram o impeachment da então presidente, Dilma Rousseff. Diversas notícias que diziam respeito aos desdobramentos da Operação Lava-Jato<sup>9</sup> foram, incessantemente, veiculadas em grupos que eram favoráveis ao impedimento político, gerando o interesse de agentes políticos, como, por exemplo, os responsáveis por páginas de Facebook, que cumprem, essencialmente, o mesmo papel de grupos no site, mas com um maior alcance, visto que, ao contrário dos grupos criados, páginas não requerem uma solicitação de acesso – inclusive, suas postagens<sup>10</sup> podem ser monetariamente impulsionadas, o que aumenta, ainda mais, o alcance de um *post* —, uma simples curtida garante que as informações veiculadas por tal página chegarão ao conhecimento do seguidor<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Operação da Polícia Federal Brasileira, que teve como foco investigar desvio de verbas que envolviam grandes estatais e partidos políticos.

<sup>10</sup> Mensagens, de autoria dos administradores de perfis virtuais, que chegam ao conhecimento de seus seguidores.

<sup>11</sup> Equivalente virtual de um assinante de revistas impressas.

Uma vez que os conteúdos de tais páginas eram replicados em grupos e geravam grande engajamento do público, logo, o número de seguidores diretos de tais páginas também cresceu, gerando, para determinado grupo, sua ágora.

A partir de tal ágora, criou-se a faceta da opinião pública que se dizia favorável à mudança dos rumos da política no Brasil, por conseguinte, à dinamização/renovação da legislação vigente, em alguns pontos.

O sentimento de inconformismo destas pessoas foi tão intenso, e tão divulgado em suas bolhas, que, em determinado momento, os grupos, de enfoque virtual, passaram a convocá-los para as ruas.

As manifestações foram tantas, em tantos pontos distintos do país, que tal fato gerou até mesmo cobertura de grandes emissoras televisivas do Brasil, demonstrando que, em certos pontos, mídias digitais e impressas/audiovisuais convergem, de acordo com interesses.

Todos os protestos eram marcados através das redes sociais, por grupos ou mensagens diretas. Eram discutidos pontos de encontro dos manifestantes, pautas a serem exigidas dos governadores e até mesmo qual seria a conduta dos protestantes. Por exemplo, prezando por demonstrar que não havia, no movimento, um viés partidário, os organizadores pediam aos participantes que não levassem nenhuma bandeira partidária, para que demonstrassem que sua intenção era, apenas, cobrar dos representantes que elegeram, que estes atendessem suas demandas.

Assim sendo, pode-se observar, neste exemplo, uma clara relação entre o clamor popular e o legislador, vez que, pela população entender que o aumento ou diminuição do preço das passagens do transporte público, ou a realização de eventos esportivos eram discricionariedades das autoridades competentes, decidiu, então, se mobilizar, de maneira orgânica, ainda que inovadora, para manifestar sua discordância sobre o tema.

Portanto, não cabe dizer que o ordenamento jurídico brasileiro funciona puramente de maneira positivista, nem que o julgador é 100% imparcial, pois, como demonstrado, existem vários fatores extrajudiciais que motivam sua decisão, de maneira direta ou indireta.

Se entendermos, no entanto, que o julgador é, também, um agente do povo, no sentido democrático de ser um representante de sua vontade, ainda que estes não sejam eleitos a partir do voto popular – vez que suas nomeações ocorrem, a depender, mediante aprovação em concursos ou indicações feitas pelo Chefe do Executivo, não há desrespeito, neste ponto, à Constituição vigente.

Por óbvio, quando falamos em cláusulas pétreas, cuja essência, em qualquer circunstância, deve ser preservada, apenas o positivado importa, tanto é que, depois de muita discussão, a possibilidade da prisão após o julgamento do recurso em segunda instância foi revista pelo STF.

O que se extrai de tal ponto, então, é: há um limite para que se possa sopesar a opinião pública em uma decisão legal.

Por exemplo, jamais poderá um Presidente da República, por pressão popular, alterar o regime democrático vigente no Brasil, não importa o quanto engajamento uma ideia em tal sentido possa gerar nas redes sociais, gerando, até mesmo, manifestações populares, nas ruas, sobre o tema.

## **2.2 A responsabilidade do julgador em guardar a Constituição**

Como ressaltado anteriormente, muito se lutou para que o Brasil conseguisse abandonar um sangrento período onde imperava o autoritarismo, onde não havia garantias mínimas para qualquer indivíduo que as autoridades competentes julgassem como desordeiro ou perigoso. Assim sendo, nossa Constituição Federal não foi redigida sem que muitos perdessem suas vidas nas mãos de um inquisidor.

Por isso, mesmo que os procedimentos possam, em alguns pontos, estar em desacordo com o mundo atual – principalmente, considerando o dinamismo da informação trazido por um mundo digitalizado, não vislumbrado, por questões cronológicas, pelos Constituintes de 1988 – os ditames expostos na Carta Magna, em essência, devem ser sempre observados pelo julgador, não podendo ser descartados a seu bel prazer.

Deve-se, portanto, mesmo que, por exemplo, a opinião pública seja contrária a um acusado, em caso X, tratá-lo como sujeito de direitos, prezando pelo contraditório, pelo devido processo legal.

A opinião pública pode ser atendida em uma decisão judicial, mas nunca como fator principal. As leis não podem ser aplicadas para que os fins justifiquem os meios. Tal conduta é inquisitória e incompatível com o princípio democrático de nossa Constituição.

Entende-se, portanto, que a relativização de entendimentos judiciais é, em regra, totalmente diferente de uma completa modificação, mesmo que ambos tenham como escopo o atendimento à opinião pública.

Tais esclarecimentos têm por objetivo demonstrar que o julgador deve sopesar seu papel de representante democrático, mas nunca se esquecer que, principalmente, deve ser um operador do Direito, não podendo deixar de lado todas as garantias que aprendeu durante sua formação.

Assim sendo, fica claro que, quando o julgador se guia apenas pelo clamor popular – sendo este muito dinâmico – gera-se, nos agentes de processos judiciais e demais operadores do Direito, a insegurança jurídica.

Exemplo claro de tal fato é a grande quantidade de jurisprudências existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Estas variam de acordo com o Tribunal Regional em questão, com a Corte para qual a lide é distribuída, e até mesmo com o julgador que tem a responsabilidade de analisar a questão.

Portanto, há de se ressaltar que, atualmente, a própria consciência do julgador vem dinamizando a aplicação do Direito brasileiro, e não somente a necessidade de comunicação entre o seu atuar e a opinião pública o impede de ser rigorosamente imparcial e encontrar o desejo de nossa Constituição.

Uma vez que o próprio julgador está inserido no meio digital, seja por administrar um perfil na internet ou por ser alvo de debates promovidos por terceiros, através das mesmas, é correto dizer que este também se envolve em suas bolhas sociais.

Fato interessante é que, embora já se tenha discutido, previamente, neste estudo, a existência de fatores de vivência intrínsecos ao próprio julgador, antes

da internet, o destinatário da notícia não tinha muito controle sobre o filtro das notícias que lhe eram transmitidas, vez que, embora pudesse escolher o canal de mídia através do qual a receberia, terceiros decidiam as diretrizes editoriais e o enquadramento de tal notícia, invariavelmente.

Tal recorte é feito apenas para resgatar a ideia, já constatada, que o julgador nunca está imune à interferência de fatores externos durante o julgamento de uma causa. Mesmo desde antes da internet existir como local de debates públicos.

Entretanto, com a popularização das redes sociais, por muitas vezes, os próprios julgadores estão presentes no meio virtual, seja com seus perfis pessoais ou páginas públicas, com o intuito exclusivo de divulgar suas funções – e o exercício das mesmas. Por vezes, por não conseguir lidar com a demanda de interações, terceiros administram uma página, mesmo que esta carregue um nome pessoal.

Tal fato denota que o julgador pode ter contato direto com as informações e opiniões que são veiculadas nas redes sociais. Sendo assim, o algoritmo não faz distinção profissional, cabe ressaltar.

Portanto, em certa medida, a informação que chega ao julgador, através das redes sociais, também pode ter sofrido framing, vez que o algoritmo tem como função principal filtrar as postagens de acordo com aquilo que é dito pelo administrador do perfil digital.

Isto demonstra que, na internet, a opinião pública é ainda mais complexa de ser mensurada, pois, pelo próprio mecanismo que garante o funcionamento de uma rede social, é possível, intencionalmente ou não, criar falsas percepções da mesma realidade.

É como se cada grupo tivesse, na internet, sua própria ilha, seu próprio código de conduta, seu próprio estatuto de funcionamento.

E os participantes de tal grupo, por não ter contato com demais grupos, de pensamentos diferentes, passam a crer, piamente, que a sua visão de mundo é a corrente majoritária, mesmo que tal fato possa ser, estatisticamente, falso.

Todos os elementos expostos foram trazidos à baila para que se faça mais uma demonstração de força das redes sociais. Se as informações podem ser, involuntariamente, modeladas à percepção de realidade que cada grupo possui, sendo o julgador um membro de tal rede, ele também não está isento de ser envolto em uma percepção fracionada da realidade política de seu país.

Portanto, ao atender à opinião pública em seus votos, pode estar atendendo, apenas, àqueles com os quais ele tem contato constante, o que não o isenta de ter suas decisões debatidas por outros grupos, de pensamentos opostos.

### **2.3 Como as redes sociais remodelam as relações políticas.**

Tendo em vista que a internet se subdivide em diversas esferas públicas de debate, sua influência sobre a opinião pública pode ser maior do que a de qualquer outro meio de comunicação. Assim, hoje, diversos líderes mundiais, como Donald Trump<sup>12</sup> e Jair Bolsonaro<sup>13</sup>, utilizam suas redes sociais como canal de comunicação com a população dos países que governam. Eles alegam que a grande mídia (televisiva e impressa) “distorce seus posicionamentos”, e, portanto, preferem ser mensageiros diretos, a partir do meio virtual.

Assim sendo, todos os posicionamentos oficiais por parte destes políticos são feitos por meio de suas postagens virtuais, estabelecendo uma comunicação mais direta entre seus eleitores e eles, garantindo o engajamento tangente às suas propostas de governo e medidas. É uma medida, em certa extensão, revolucionária, se considerarmos apenas o caráter informativo de um posicionamento oficial de um líder político – sem dúvidas.

Lado outro, em tempos de polarização política mundial, ter a comunicação concentrada nas mãos de pessoas (públicas) diretamente interessadas na forma como a opinião pública avalia sua imagem e seus serviços prestados, é algo arriscado à democracia. Isto, porque, geralmente, tais líderes são agressivos

---

<sup>12</sup> Atual Presidente dos Estados Unidos da América (2016-2020).

<sup>13</sup> Atual Presidente da República Federativa Brasileira (2018-2022).

com aqueles que são seus opositores políticos e ideológicos. Logo, adotando meios virtuais como canais de comunicação, eles passam a deter a informação e o controle do debate – no sentido de que têm a discricionariedade de cercear ou não o contraditório.

Em suma, o novo sistema costuma apenas agrupar, ainda mais, massas que já são apoiadoras destes governantes. O aglutinamento de pares ideológicos vem se mostrando elementar para definir as relações políticas modernas. Neste ponto, é interessante regressarmos no tempo, para discutirmos um pouco como o tecido social se movimentou para permitir as eleições de então candidatos como Trump e Bolsonaro. Nem somente as interações orgânicas propulsionaram as ideias defendidas por estes candidatos. Houve, também, a estratégia da utilização de robôs virtuais, ou “bots”<sup>14</sup>, responsáveis por disparar automaticamente, através de um algoritmo pré-programado, mensagens de apoio a tais candidatos, sendo o gatilho de ativação o uso de determinadas palavras em manchetes de portais eletrônicos ou em debates promovidos por terceiros.

Tanto vem sendo uma tática fundamental, que, graças à campanha digital, feita, majoritariamente, através de Facebook e WhatsApp, Jair Bolsonaro nem precisou de uma grande extensão de tempo no horário eleitoral gratuito, veiculado pela mídia televisiva, para que fosse eleito Presidente do Brasil, tamanha a força que seu eleitorado exercia nas mídias sociais.

Ainda, não se fez presente nos debates de segundo turno – quando poderia tê-lo feito, por meios digitais, como videoconferências, mesmo que estivesse em resguardo, pelo atentado sofrido em setembro de 2018 –, retrucando os pontos de seu adversário, o petista, Fernando Haddad, mais uma vez, através de suas mídias sociais.

Se Jair Bolsonaro se fez eleger sem cota televisiva ou debate direto de ideias, fica muito claro que ele, seus coordenadores de campanha e demais aliados sabiam, flagrantemente, da força que as mídias sociais exercem, atualmente, no processo de formação da opinião coletiva.

---

<sup>14</sup> Abreviação, em inglês, da palavra “robots” (robôs).

É cristalino que Trump e Bolsonaro não se assemelham apenas por pregar a agenda de extrema-direita, mas por beber da mesma fonte, também, em relação ao planejamento de suas campanhas políticas.

Ambos se utilizaram da estratégia desenvolvida por Steve Bannon, executivo de mídia responsável por elaborar a estratégia de campanha digital de Donald Trump, que viria a ser seguida, em essência, por Jair Bolsonaro, durante seu pleito eleitoral. De acordo com Pimentel (2019, p.22, 23)<sup>15</sup>:

(...) outro personagem central da campanha de Donald Trump foi Steve Bannon, que trabalhou com a empresa Cambridge Analytica, responsável pela estratégia de dados da campanha de Donald Trump. Bannon é um executivo de mídia nos Estados Unidos e consultor político que dirigiu o site de notícias de extrema-direita Breitbart News, fundado em 2007 pelo comentarista conservador Andrew Breitbart. Como foi tornado público, a Cambridge Analytica fechou após o escândalo de vazamento de informações pessoais de 50 milhões de cidadãos americanos no Facebook (THE GUARDIAN, 2018). Nascida de um modelo gerado na Universidade Cambridge, a empresa armazenava os perfis em grandes bancos de dados e por meio deles oferecia alvos psicológicos individuais (individual psychological targeting) (GRASSEGGER; KROGERUS, 2017).

É tal mecanismo que garante, não importa o que seja dito por Bolsonaro, ou quanta repercussão negativa um pronunciamento possa gerar, que as *hashtags*<sup>16</sup> de apoio ao Presidente da República sempre estejam entre os tópicos mais discutidos pelos internautas conectados, vez que os bots disparam mensagens de apoio ou notícias (por muitas vezes, falsas), que são replicadas por contas administradas por usuários reais, gerando o ciclo vicioso de “debates” – ou garantindo o viés de confirmação – para determinados grupos.

---

<sup>15</sup> Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/profile/Pedro\\_Pimentel4/publication/337444967\\_O\\_Brasil\\_vai\\_as\\_urnas\\_as\\_campanhas\\_eleitorais\\_para\\_presidente\\_na\\_TV\\_e\\_internet/links/5dd7e4b2299bf10c5a27526b/O-Brasil-vai-as-urnas-as-campanhas-eleitorais-para-presidente-na-TV-e-internet.pdf#page=15%20%3E%2024/03/2020](https://www.researchgate.net/profile/Pedro_Pimentel4/publication/337444967_O_Brasil_vai_as_urnas_as_campanhas_eleitorais_para_presidente_na_TV_e_internet/links/5dd7e4b2299bf10c5a27526b/O-Brasil-vai-as-urnas-as-campanhas-eleitorais-para-presidente-na-TV-e-internet.pdf#page=15%20%3E%2024/03/2020)>. Acesso em 24/03/2020.

<sup>16</sup>Um tipo de hiperlink, acessível pela própria mídia social na qual é postado, mecanismo que facilita a categorização de assuntos discutidos pelos usuários. Em algumas plataformas, a ordem de importância é determinada pelo número de citações e cliques que determinada *hashtag* recebe. De comum uso em plataformas como Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp.

### **3 A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA NAS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES**

As opiniões que são expressas via redes sociais não se restringem ao chefe do Poder Executivo, muitas dizem respeito aos representantes do Poder Legislativo, e ao Poder Judiciário.

Podemos exemplificar tal ocorrência ao analisarmos o papel dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Como reguladores finais da aplicação das normas constitucionais, geralmente, os julgamentos exercidos por eles detêm a atenção da opinião pública – mesmo porque as decisões tomadas por eles podem impactar diretamente a vida do cidadão comum, se for dotada do efeito *erga omnes*<sup>17</sup>, por exemplo.

Portanto, é natural que suas decisões também sejam alvo de debates nas mídias sociais. E, se, como já demonstrado, o debate virtual é capaz de decidir eleições, certamente, também têm influência o suficiente para mudar ou renovar posicionamentos jurídicos.

Sabemos, também, que o julgador sofre a influência de elementos externos, quando desempenha suas funções legais, seja conscientemente ou não. E a preocupação com a própria credibilidade é, inevitavelmente, um sopesamento inconsciente.

Portanto, além da opinião pública, per se, o julgador ainda se preocupa com o reflexo futuro de suas decisões e o impacto que estas podem causar em sua própria reputação. Assim sendo, o julgador, percebendo a inquietação do público sobre determinado assunto, pode optar por se fazer valer do ativismo judicial para, em certa medida, dirimir a questão e ainda construir certa reputação para com os conviventes de sua bolha social.

Às vezes, inclusive, se uma medida impopular é tomada pelo Presidente da República ou aprovada pelo Congresso Nacional, nem é preciso que haja um protesto coordenado, previamente marcado. Basta que a essência da indignação

---

<sup>17</sup> Que gera efeito a todos os cidadãos, não só àqueles que figuram diretamente no processo analisado.

reverberar o bastante para que os Ministros das Cortes Superiores se debrucem sobre o tema e o analisem.

Se, em certa medida, pode ser entendida como uma atuação em busca de aprovação, por outro lado, pode ser visto como uma demonstração prática (e mais rápida) do funcionamento do sistema de freios e contrapesos, responsável por impedir que um dos Poderes exerça mais influência que outros.

E o julgador também está em contato com as notícias do cotidiano e seus desdobramentos, inclusive, com seus possíveis efeitos na ordem jurídica brasileira. Assim, o julgador tem total conhecimento dos pontos da legislação brasileira e dos procedimentos que são discutidos pelos internautas.

Alguns projetos de lei, inclusive, são concebidos a partir de debates de internet, como, por exemplo, a Lei 13.964/19, popularmente chamada de “Pacote Anticrime”, que trouxe alterações à legislação especial penal, com o intuito de adequar o aparato estatal no combate a delitos cometidos em larga escala.

Assim, tendo contato com diversos pontos de vista, é natural que o julgador modifique, ou modernize, seus posicionamentos jurídicos. Os processos, em si, inclusive, já vêm sendo adaptados. Várias comarcas já fazem uso, por exemplo, do Processo Judicial Eletrônico (PJe). Afinal, se o Direito é uma ciência que deve tutelar os anseios da sociedade, seu dinamismo também se dá à medida que se adapta à modernidade de nossa sociedade.

### **3.1 Entendimentos modificados por conta da opinião pública.**

Alguns julgadores entendem a opinião pública como o elemento fundamental para uma hermenêutica completa, no sentido de ser o elemento que preenche a lacuna entre o positivismo da lei e sua eficácia. Portanto, em alguns julgamentos, o elemento da opinião pública gera a efetiva modificação (adaptação) do entendimento dos julgadores.

Seja simplesmente por modernizar a aplicação da norma ou por legislar sobre matéria que o Congresso – por falta de tempo ou (des)interesse político –

não analisou, temos casos onde o julgador se valeu do clamor popular para exercer o ativismo judicial.

Várias pautas geram debates nas mídias sociais, principalmente, aquelas que geram razoável dúvida sobre as liberdades individuais – se devem ser tuteladas pelo Estado ou legalizadas. Como exemplo, temos a intensa discussão sobre a legalização, ou não, do porte de drogas para consumo próprio.

Tal discussão é tão intensa e recorrente que o assunto chegou a ser debatido pelo Supremo Tribunal Federal, através do RE 635.659<sup>18</sup>. Como o Ministro Luís Roberto Barroso deixou claro em seu voto, para ele, prender quem responde pelo porte de drogas, ou não, deve ser discricionariedade do juiz. E, por mais que a matéria não esteja pacificada na Corte Superior, seu posicionamento é um precedente muito importante para a discussão do assunto.

Temos outro exemplo, o do Habeas Corpus 124.306, que decidiu sobre a manutenção ou revogação da prisão preventiva de médicos que realizaram o procedimento de aborto, no Rio de Janeiro.<sup>19</sup> Entre argumentos de ordem moral e legal, discute-se se é, de fato, ideal, que o Estado interfira na esfera sexual e materna da mulher.

Assim, deliberando sobre a manutenção, ou não, da prisão preventiva dos pacientes, no HC 124.306<sup>20</sup>, sedimentou-se mais um precedente para a descriminalização do aborto, sendo que o debate, em si, começou na esfera digital. Como última vitrine, podemos citar uma importante mudança na ordem penal brasileira, a possibilidade da ocorrência da prisão após análise do recurso, em segunda instância.

A quantidade de recursos e a sensação de impunidade que acomete e revolta uma parte da opinião pública nas redes sociais gera um debate multifacetado, que se divide, entre outras coisas, entre a cobrança por medidas

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 25/05/03.

<sup>19</sup> Vale lembrar que a descriminalização do aborto também é um assunto amplamente discutido no ambiente virtual.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 25/03/2020.

como a redução da maioria penal, ou medidas que reduzam o número de recursos cabíveis, agilizando o processo de prisão.

Assim, o STF pôs-se a discutir a possibilidade de prisão anterior à interposição do recurso cabível ao STJ. Como ponto central, a questão de que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) apenas julga questões de Direito, não de fato. Sendo assim, uma vez condenado em segunda instância, o acusado já poderia começar o cumprimento de pena, o que daria uma resposta ao clamor público sobre a necessidade de que se prenda os acusados que são pessoas públicas, essencialmente.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, resta claro que, em grande medida, os julgadores vêm ampliando a liberdade de interpretação das normas constitucionais. Nesse viés, mostra-se que cabe ao julgador, na aplicação do direito, preencher as lacunas entre o positivismo e as ocorrências dinâmicas do mundo, valendo-se, para tanto, da reflexão de conceitos que são entranhados em sua vivência, desde antes de sua formação, passando pela influência da sociedade e contemporaneamente das redes sociais.

### **THE INFLUENCE OF SOCIAL NETWORKS IN THE FORMATION OF PUBLIC OPINION AND IN JUDICIAL DECISIONS**

#### **ABSTRACT**

This paper aims to trace the relationship between social networks and the formation of public opinion. Thus, to delimit points where this mode of opinion formation influences the judgment of legal issues in the Brazilian legal system. It should be emphasized, however, that it does not aim to end the discussion, but to bring it up, to eventually support future discussions on the subject. To develop the theme, we used bibliographic research's methodology, seeking reference in academic papers, reports, Legal Doctrines and summaries of judgments that had

evidenced the content of the discussion addressed. Moreover, it is expected that this study will encourage the discussion about how Law has been changing to suit the digitized world, and how legal norms can be resignified through such a phenomenon.

**KEYWORDS:** Public Opinion. Decisions. Social Networks. Judicial.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto: Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a Política. 2014. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em 22/03/2020.

FILGUEIRAS, Fernando: O Judiciário, o CNJ e a Opinião Pública. 20212. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj-e-a-opiniao-publica/>>. Acesso em 20/03/2020.

ROTHBERG, Danilo: O conceito de enquadramento e sua contribuição à crítica de mídia. 2010. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/313689926/O-Conceito-de-Enquadramento-e-Sua-Contribuicao-a-Critica-de-Midia#download>>. Acesso em 21/03/2020.

BARROSO, Luís Roberto: Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2014. Disponível em <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em 26/02/2020.

RECUERO, Raquel: Redes Sociais na Internet, Difusão de Informação e Jornalismo: Elementos para Discussão. 2009. Disponível em <<http://raquelrecuero.com/artigos/artigoredesjornalismorecuero.pdf>>. Acesso em 22/03/2020.

RECUERO, Raquel: Mídia Social e Filtros: Bolha nas Conversações Políticas no Twitter. 2017. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/166193/001047200.pdf?sequence=1>>. Acesso em 23/03/2020.

PIMENTEL, Pedro Chapaval. 2019. Disponível em <[https://www.researchgate.net/profile/Pedro\\_Pimentel4/publication/337444967\\_O\\_Brasil\\_vai\\_as\\_urnas\\_as\\_campanhas\\_eleitorais\\_para\\_presidente\\_na\\_TV\\_e\\_internet/links/5dd7e4b2299bf10c5a27526b/O-Brasil-vai-as-urnas-as-campanhas-eleitorais-para-presidente-na-TV-e-internet.pdf#page=15%20%3E%2024/03/2020](https://www.researchgate.net/profile/Pedro_Pimentel4/publication/337444967_O_Brasil_vai_as_urnas_as_campanhas_eleitorais_para_presidente_na_TV_e_internet/links/5dd7e4b2299bf10c5a27526b/O-Brasil-vai-as-urnas-as-campanhas-eleitorais-para-presidente-na-TV-e-internet.pdf#page=15%20%3E%2024/03/2020)>. Acesso em 24/03/2020.

RE 635.659. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 25/03/2020.

HC 124.306. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em 25/03/2020.

Embargos de Declaração no HC 126.292. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em 25/03/2020.

## **A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E SUAS TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA**

**Izabelly Ferreira de Sousa<sup>1</sup>**  
**Pamella Carolina de Sousa Pacheco Carvalho<sup>2</sup>**  
**Paula Michelle de Oliveira Assumpção<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

A realidade sobre a organização do trabalho remete a sua historicidade ao longo da evolução humana prescrevendo diversas culturas construídas no meio social, inovando perspectivas a respeito da vida e da vinculação do homem a seu similar, à máquina e à tecnologia ao decorrer dos séculos. O presente Artigo Científico ergue-se ao estudo cronológico da seara trabalhista demarcada pelos entraves das injustiças sociais que a todo tempo permeiam o mundo do trabalho, transpondo-o no caminho da precarização com consequências jurídicas e sociais impactantes com o cerceamento de direitos até a atualidade. Se prolonga uma linha temporal demonstrando o quão nítido e determinante é esse processo precarizador tanto para o trabalhador quanto para aquele que administra o capital, são explicitados os imbrólios antepassados das lutas sociais calcificadas ainda hoje no conceito do trabalho em âmbitos internacionais e brasileiro. Diante disso, a tese se finda na esperança de reavaliar as novas ideias que adentram a estrutura dos institutos jurídicos existentes numa procura coerente de sua característica fiscalizadora e justa, não permitindo o abuso de atributos normativos e do poder para atingir o homem em

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. E mail: iza95ferreira@gmail.com

<sup>2</sup> Pós graduada em Direito Público. Pós graduada em Saúde Pública. Pós graduada em Mediação e conciliação. Pós graduada em Direito Civil e Processual Civil. Graduada em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior. E mail: carvalho.pamella @estacio.br

<sup>3</sup> Mestre em filosofia pela UFJF, Pós graduada em Direito Público e Direito Previdenciário, Bacharel em Direito pela Instituto Vianna Junior. E mail: paulaassumpcao@yahoo.com.br

seu valor intrínseco nas relações pactuadas pelo vínculo de trabalho e a quem ele impacta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precarização. Direito do Trabalho. Institutos jurídicos. Retrocesso social.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca investigar a linha temporal do trabalho no espaço e no tempo.

A proposta é criar um maduro debate jurídico através da interdisciplinaridade das questões avaliadas por outras ciências humanas, que de forma precípua geram uma organizada comunicação com o ramo trabalhista em seu contexto histórico-social, que tanto ergue influência para os padrões jurídicos apontados.

Partindo do pressuposto histórico de que “a sociedade é constituída a partir do momento em que for capaz de confrontar-se consigo mesma em formas institucionais adequadas e em processos normativos de adaptação, de resistência e de autocorreção” (PREUSS, 1994), ruma-se à seara jurídica o conceito do trabalho em sua fundada importância social e fator contribuinte para a ascensão humana.

É categorizada uma análise científica sob os marcos que justificaram suas mudanças percorridas ao longo dos séculos, sob uma dimensão crítica e ontológica, tendo em vista que “toda ciência seria supérflua se a aparência e a essência das coisas se confundissem” (MARX, K; ENGELS, F., 2006). Pesquisa-se a dualidade do ônus e do progresso advindos das decisões políticas e econômicas, bem como, das intervenções sociais e da interferência jurídica nesses padrões apresentados, o que figura a estrutura do trabalho e sua precarização ao longo do tempo e da estrutura social.

## **1 ANÁLISE CONTEXTUAL DO TRABALHO NO LAPSO HISTÓRICO-SOCIAL**

### **1.1 O trabalho no preâmbulo social histórico da humanidade ao feudalismo europeu**

A história retrata desde os primórdios da sociedade o trabalho como parte da atividade humana. Ao examinar o início da história social verifica-se a necessidade de provento dos grupos nômades humanos ao adotarem o estabelecimento fixo, iniciando o cultivo de plantações agrícolas e criações de gado, e anteriores a isso, já havia divisão primária de tarefas e a criação de ferramentas de trabalho. Tudo isso foi uma soma possível para permitir a sobrevivência ante ao meio selvagem e indomável que o ser humano vivia, evidenciando-se um retrato do conceito parentesco ao trabalho.

Adiante, o trabalho avançou conjuntamente ao ser humano em seu estilo de vida e em suas denominações culturais, as quais se dispersaram pelo globo terrestre. Primeiramente, nas sociedades tribais, o trabalho envolveu todas as esferas sociais possuindo um valor cultural relevante. O antropólogo Marshall Sahlins revela que exerciam poucas horas de trabalho ao longo do dia, apesar de vinculadas as técnicas de trabalho como rudimentares e de economia subsistente se satisfaziam as relações sociais e de ordem material, o que propiciou mais vitalidade àqueles indivíduos antes de se ter contato com o mundo civilizado. (SAHLINS, 1974).

Condizente com a visão do sociólogo Tomazi (2007, p. 37): “integradas ao meio ambiente e a todas as demais atividades, as tarefas relacionadas à produção não compõem, assim, uma esfera específica da vida, ou seja, não há um “mundo do trabalho” nas sociedades tribais.”

Na Grécia antiga, em sua frutífera contribuição social, conceituava o trabalho em três termos distintos: labor, poiesis e práxis. A diferenciação do trabalho remonta a construção do contexto social em que se dividia, sendo o labor dedicado ao trabalho braçal e exigido o esforço físico pelos que cultivavam a terra, sujeitando-se ao ciclo natural das estações. A poiesis acentua o processo criativo na produção de fabricar um objeto por meio de instrumento ou das próprias mãos. Na práxis era expressa a ênfase do trabalho intelectual nas praças públicas através dos discursos políticos para soluções de problemas sociais.

O contexto que se estabeleceu na Idade Média foi o vocábulo latino tripallium, que é a provável origem do termo trabalho advindo de um instrumento de tortura remoto da região europeia que consistia numa forma de castigar os que não detinham posse e possuíam dívidas, logo não podendo arcar com o pagamento sofriam penalidade física.

Desse modo, associou-se que quem trabalhava eram os mais pobres suprindo em massa o estreito cume da pirâmide social constituída pelo clero e pela nobreza.

Por conseguinte, o trabalho ao admitir a forma de trabalho escravo e servil permitiu a nítida sujeição pessoal do trabalhador. Em ambos os modelos, a obrigação da prestação de serviços se deu de forma absoluta e sem cogitar a existência de um equilíbrio razoável dos direitos humanos básicos, admitindo-se estabelecer nesses períodos históricos o cruel e desumano nas relações de dominação trabalhista.

É notória, portanto, que a administração do trabalho em diferentes povos está aliada às suas peculiaridades religiosas, filosóficas, econômicas, políticas e sociais, contribuindo tanto para a prosperidade quanto para momentâneas crises e decadências de determinada população. Assumindo manchas sociais que estigmatizam a noção de trabalho, revelando precariedades ao longo do processo da evolução social com reflexos significativos encontrados na modernidade.

## **1.2 Do surgimento da ideia capitalista à Revolução Industrial**

Na Idade Moderna o serviço compulsório deixou de existir, houve mudanças econômicas importantes para adentrar o mercantilismo e o capitalismo como modelos socioeconômicos. Adentrou-se a maquinofatura, através das substituições do trabalho manual pelo trabalho industrial, fomentaram-se nas sociedades por meio de instituições como igrejas, escolas, governantes e empresários a nova estrutura do trabalho desvinculada do ideal antes visto como tortura, castigo e atividade penosa, aderindo-se a ideia de trabalho como fato gerador da significância do homem. (TOMAZI, 2007)

Destarte, com a evolução social-industrial, as definições de trabalho admitiram um novo formato: separou-se os ambientes de trabalho e de casa, o trabalhador perdeu a posse dos instrumentos de trabalho e passou a não entender a totalidade do processo de produção, mas apenas a sua especialidade por meio da repetição de tarefas nessa primária linha de montagem. A liberdade de possuir propriedade e de se assalariar foram benesses ao trabalhador, enquanto os comerciantes acumularam as riquezas ao ter a posse dos instrumentos de trabalho e controle de seu processo de produção.

Nesse contexto, o enlace da cooperação simples e manufatura acima descritas desempenharam o distanciamento do individualismo laboral e empregou-se a ideia do trabalho coletivo, permitindo obter ao fim do processo um resultado feito por múltiplos trabalhadores, cada qual desempenhando sua função, promovendo um bem que se torna mercadoria e produto de venda e compra no comércio local. Abaixo seguem as observações opostas de Marx e Durkheim, examinadas dentro do contexto histórico ocorridos nessa época de transição mercantil-industrial.

Um fato observado atentamente nas investigações de cunho econômico e político de Karl Marx na obra *O Capital: crítica da economia política* (2001, p. 59), foi

a divisão social do trabalho aprofundada nessa contraposição feita em duas medidas entre operário e capitalista para atender as primícias industriais estabelecidas, a espécie determinante da divisão em classes. Sendo, a força de trabalho alienada ofertada pelo operário a chave para a permanência ativa da mecanização do sistema produtivo (trabalho socialmente útil e trabalho socialmente necessário), e o capitalista o detentor do processo produtivo, das máquinas e do produto final, estipulando seu valor e também acumulando o capital com o excesso de horas trabalhadas, a mais-valia. “No modo de produção capitalista, o capitalista é o representante do capital e o proletário o do trabalho” (NETTO & BRAZ, 2008, p. 85).

Por outro lado, Émile Durkheim (1999, p. 105) em seu livro *Da Divisão do trabalho social*, vislumbra a divisão do trabalho como elementar da solidariedade cooperativa, ou seja, é uma cadeia estruturada de interdependência social que o trabalho administra na sociedade. Quer dizer que, a coesão social só existe porque há a individualização de tarefas e o conflito não se dá pela divisão de obrigações, porém, pela anomia trabalhista e pela escassez de instituições regulamentadoras do exercício do trabalho.

Na linha temporal seguinte avança o capitalismo na Revolução Industrial, ocorrida entre os séculos XVII e XIX, também os movimentos como ludismo e o cartismo, incluindo mobilizações de linhas políticas socialistas e comunistas, à contra regra capitalista. Além disso, a Revolução Francesa, de 1789, atuou como partícipe necessário em seus ideais revolucionários *liberté, égalité, fraternité*, de forte influência para as constitucionalizações estatais, acabando por alterar a visão do trabalho em países ocidentais no seu sentido jurídico e compondo a formulação atual, conforme dispõe Brito Filho (2004, p. 21):

“Antes da primeira Revolução Industrial não há o que se falar em trabalho subordinado nos moldes em que hoje conhecemos, ou seja, em relação que tem como sujeitos o empregado e empregador. Não que não houvesse a exploração do

trabalho humano. [...] Apenas o trabalho não era prestado sob as condições que hoje conhecemos; os processos produtivos eram outros, e a caracterização jurídica, também.”

Nesse processo de globalização, ao decorrer dos séculos, reinsereu o indivíduo no âmbito do trabalho com o ato jurídico do trabalho livre, mediante previsão contratual acerca das condições mantidas na relação de subordinação do trabalhador ao detentor dos meios de produção e vinculando-os em direitos e deveres obrigacionais e prestacionais.

Todavia, cabe esclarecer que o contrato de trabalho nunca foi elemento probatório de que as condições de trabalho são geridas perfeitamente e nos moldes humanistas que deveriam ser prestados. Na verdade, só afirma que é documento oficial de vínculo jurídico demonstrando ali a necessidade de o Direito acompanhar e intervir nesse fato social-jurídico, antevendo o garantismo dos sujeitos dessa relação na observância das suas particularidades sociais.

Segundo explora sabiamente Maurício Godinho Delgado (2019, p. 99), segue clarividente essa manifestação histórica como fonte jurígena para o Direito do Trabalho:

“A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo de Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia. Esse instante de hegemonia – de generalização

e massificação da relação de emprego no universo societário – somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e Estados Unidos da América; somente se afirma, portanto, ao longo do século XIX. O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas.”

Derivado do exposto, a crítica se molda na medida em que o empregado e empregador nesse processo de transição da identidade civil-trabalhista adquiriu uma errônea representatividade de poder no âmbito do trabalho em suas relações obrigacionais. Cabe ressaltar, que não bastava o fato desses sujeitos ocuparem polos distintos para alegar uma assonância e paridade de armas nessa compreensão jurídica.

Na verdade, não era um diálogo horizontal e sim verticalizado, assumindo a consciência fabril uma representatividade maior ante ao singelo operário. Sendo de suma importância adotar uma compensação da inferioridade do trabalhador, sujeito jurídico hipossuficiente, frente às corporações empresariais, que não só por significância econômica predominam sua superioridade, mas principalmente decorrente de sua identidade coletiva expressiva.

### **1.3 Do capitalismo industrial à institucionalização do Direito do Trabalho: o início da precarização atual**

Seguindo para a virada do século XIX e XX, as influências visionárias do trabalho foram aperfeiçoadas em um sistema mais complexo da intrínseca divisão precarizadora, erguendo-se sob o viés industrial um encadeamento mais detalhado e racionalizado da produtividade. Surgiram, então, as novas formas de organização de trabalho taylorista e fordista, em ambas aprimorado um sistema de planejamento produtivo de larga escala promovendo mudanças interessantes em todos os setores industriais.

Desenvolveu-se uma era capitalista-consumista, majorando a supervisão das atividades exercidas sob o lema *time is money*, exigindo-se esforço braçal maior do operário na produção em massa. O corpo humano é descrito como uma extensão maquinária regulada pelos critérios gerenciais do dono da fábrica que reduz a autonomia produtiva do trabalhador e o circunda à execução das tarefas nos limites impostos. (BRAVERMAN, 1977).

Um clássico exemplo é a retratação do filme *Tempos Modernos* que denuncia por intermédio da comédia a vida cotidiana de operários nas fábricas, a greve e o desemprego existente nesse contexto social. Segue um trecho do discurso em *A condição operária e outros estudos sobre a opressão*, que também figura essa realidade: “Dois fatores condicionam esta escravidão: a rapidez e as ordens. A rapidez para alcançá-la, é preciso repetir movimento atrás de movimento, numa cadência que, por ser mais rápida que o pensamento, impede o livre curso da reflexão e até do devaneio.” (WEIL, 1979, p. 65)

Outrossim, há de se apontar que o parecer desse ânimo econômico impulsionou marcos fundamentais na história do Direito do Trabalho em seu desenvolvimento empírico-normativo. A seara trabalhista é fragmentada em quatro fases elucidativas, conforme Delgado (2019, p. 106): “A fase de formação estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel’s Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto Comunista* de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da consolidação) se estende de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada

“questão social”. A quarta e última fase, da autonomia do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).”

Posteriormente a Primeira e Segunda Guerra Mundial, inovaram formulações legislativas internacionais dirigidas ao caráter humanista na busca da preservação do valor humano em sua dignidade como eixo central dos padrões normativos jurídicos, que impactariam diretamente o ramo justrabalhista. Após o espectro segregador e perverso assumido, fomentou-se um pensamento crítico acerca das atrocidades violentas contra os direitos humanos básicos ocorridos nesse triste e memorável momento histórico: a necessidade de reconfigurar a proteção mínima palpável e acessível a todo ser humano.

Eis que vigora a Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde 1919, como protagonista da regulação do trabalho justo em cima dessa significação da dignidade humana, com a missão de melhorar os seres humanos num desafio global. Contribuindo assim, para o surgimento de outras instituições como a Organização das Nações Unidas (em 1945), que em seu papel primário esboçou e delineou através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a produção norteadora de uma incessante atividade fiscal dos basilares conceitos dos direitos humanos ali enraizados. À procura da permanência de uma condição de vida humana sustentável e promoção da eficácia de valores sociais como o trabalho e sua subjetividade de desenvolver uma decente evolução econômica-social. (DELGADO, 2017 apud SOUSA, 2020).

Nessa contextual iminência regulamentadora, ascendem índoles investigativas do tratamento jurídico: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, e a seguir em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), os quais também sedimentam o arquétipo do Direito do

Trabalho Internacional e mais adiante no afluente harmônico da legislação brasileira trabalhista.

Em contrapartida, a rica interposição do Direito na marcha social sofreu grandes problemas frente ao aspecto social que rumou a economia da época no fim do século XX com a crise do petróleo. Fator motivador cujo abalo afetou a higidez da estrutura recém-constituída do Direito do Trabalho, passando a enfrentar uma crise das propostas até ali gerenciadas pelos Estados, a partir do movimento ultraliberalista.

Primando uma alternativa ao sistema capitalista industrial com os esforços neoliberalistas, surgiu uma progressiva desassistência dos Estados às necessidades básicas da sociedade gerando crises em variados setores sociais. Resultante da política deflagrada da crise econômica e déficit público europeu e norte-americano, justificou-se a inserção de um Estado não gerencial que se depreende da qualidade de assegurar sob si a manutenção das políticas assistenciais e vislumbrou, portanto, um matiz de descentralização administrativa e apoio concorrencial. Dessa maneira, revigora tempos assintomáticos de normas protecionistas, inclusive em relação ao trabalho, e anula o vigente Welfare State implementado.

Nesse contexto de crise econômica, tecnológica e organizacional, consolidou-se nos principais centros do sistema capitalista, mediante vitórias eleitorais circunstancialmente decisivas (Margaret Thatcher, na Grã-Bretanha, em 1979; Ronald Reagan, nos EUA, em 1980; Helmut Kohl, na Alemanha, em 1982), a hegemonia político-cultural de um pensamento desregulatório do Estado de Bem-estar Social – o ultraliberalismo. No centro dessa diretriz em prol da desregulação das políticas sociais e das regras jurídicas limitadoras do mercado econômico encontravam-se, por lógica decorrência, o Direito do Trabalho.

Como resultado disso, no mercado mundial entre o século XX e XXI evidenciou uma insegurança sobre a estabilidade do emprego, pois antes havia postos fixos de

trabalho; há uma crescente preocupação com a quantidade reduzida das vagas ofertadas; demasiada exigência de qualificação e disponibilidade devota do empregado, a fim de se enquadrar ao efetivo que regularmente pode ser reduzido. É nítido o engendrado perfil da precariedade laboral, seja pelas circunstâncias acima descritas, como também no artifício da repartição interempresarial das competências trabalhistas, que em sua ramificação iniciam a terceirização de serviços em múltiplos setores sociais.

Segue-se, à vista disso, a suprema tarefa de reexame útil da novel qualidade das relações contratuais e o estudo de como se aplica a responsabilidade social das empresas ante as problemáticas econômicas e políticas que se apresentam no ciclo das sociedades.

A novidade da estruturação mercantil nesse panorama financeiro, somado à inexistência prescritiva de normas referentes ao tema acirrou a dificuldade inicial de caminhar resguardando os institutos até então estabelecidos. A prática gerencial desses mercados afligiu a base que empenha o trabalho e sem uma fiscalização e proteção jurídicas efetivas estão à mercê das ações internas do empregador. “A atual tendência dos mercados de trabalho é reduzir o número de trabalhadores centrais e empregar cada vez mais uma força de trabalho que entra facilmente e é demitida sem custos quando as coisas ficam ruins.” (Harvey; 1989, p. 144).

A citada deterioração da qualidade de trabalho relata os fenômenos reducionistas que os trabalhadores vêm enfrentando, seja pela maquiagem de trabalhos ilegais: trabalho análogo ao escravo, fomentado por grandes indústrias que se afastam no processo produtivo em conhecer a origem do produto e nisso buscam se isentar de responsabilidade social e jurídica; visto também nos inchados mercados negros que se proliferam utilizando da venda de produtos falsificados para fins lucrativos de empresas de fachada, muitas das vezes ligadas ao tráfico (de qualquer

espécie), colocando os trabalhadores (em subcondição financeira) no desfalque protetivo das normas, bem como a exposição desses em condições insalubres e perigosas de trabalho; ou até mesmo atingindo patamares de desastres ambientais e desgastes dos insumos naturais renováveis e não renováveis, prejudicando o metabolismo natural do planeta e expondo similarmemente os trabalhadores ao corrente risco de acidente e morte, desalinhando a harmonia da vida social. Fica mais evidente a questão também na citação abaixo:

A precarização do exercício profissional se expressa por meio de suas diferentes dimensões: desregulamentação do trabalho, mudanças na legislação trabalhista, subcontratação, diferentes formas de contrato e vínculos que se tornam cada vez mais precários e instáveis, terceirização, emprego temporário, informalidade, jornadas de trabalho e salários flexíveis, multifuncionalidade ou polivalência, desespecialização, precariedade dos espaços laborais e dos salários, frágil organização profissional, organização em cooperativas de trabalho e outras formas de assalariamento disfarçado, entre outras. (GUERRA, 2010, p. 71.)

Essa condição de submissão trabalhista é uma evidente sabotagem aos preceitos estabelecidos, tornam-se normas frívolas incapazes de satisfazer a eficácia originária de sua introdução. Dessa maneira, o desemprego diminui na medida em que aumenta a constituição laboral firmado em parte pela regularizada condição de trabalho, e em outra parte, predominante de irregularidades trabalhistas, seja pela informalidade ou ilegalidade dos pactos da relação jurídica laboral.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A problemática ora estabelecida percorreu a linha histórica apresentada na valoração do trabalho para o homem como ser individual e ser coletivo.

Demonstraram-se através dos diversos cenários apresentados que a caricatura da sociabilidade humana aderiu diversos moldes conceituais que o trabalho expressa, captando a subjetividade e a universalidade das produções culturais que o homem como agente criativo o inova.

O presente discurso se difunde em expor que no processo social a capacidade produtiva da atividade humana desafiou a ordem moral, econômica, política, filosófica e jurídica, ao decorrer dos períodos históricos. Com isso, o homem arraigou uma autoaprendizagem na reflexão de seus valores e de sua importância como ser na escala da vida, em um sentido existencial que o trabalho admite sob si, mas conjugada com a tendência subversiva que o homem submete o seu par.

Ao explorar a gradual definição do trabalho até os dias atuais, é visada uma estrutura sólida que finalmente nomeia o trabalho como não só uma área setORIZADA da vida em sociedade, todavia de suma relevância no desenvolvimento racional do homem em sua forma de pensar e agir, impactando toda a rede da vida. Cria-se uma linguagem própria quando o trabalho adentra o contexto jurídico, fomentando o cerne da normatividade prescritiva e protetiva aos sujeitos constituintes dessa relação jurídica, cujo trabalho é fato social-jurídico que interessa o Direito intervir.

O estudo assume a modalidade argumentativa e crítica advinda da costumeira atuação do Direito e de sua produção empírica-normativa, consagrando o Direito do Trabalho numa seara construída através das lutas sociais, reivindicatórias de um organismo protecionista dos direitos e deveres delimitados pelo Estado.

**THE PRECARIOUSIZATION OF WORK AND ITS LEGAL AND SOCIAL  
TRANSFORMATIONS: A HISTORICAL ANALYSIS**

**ABSTRACT**

The reality about the organization of work refers to its historicity throughout human evolution, prescribing different cultures built in the social environment, innovating perspectives regarding life and the connection between man and his fellow man, machine and technology over the centuries. This Scientific Article rises to the chronological study of the labor field demarcated by the obstacles of social injustices that pervade the world of work, transposing it on the path of precariousness with legal and social consequences impacting with the restriction of rights until today. A timeline is extended showing how clear and decisive this precarious process is for both workers and those who manage capital, the ancestral imbroglios of social struggles calcified even today in the concept of work in international and Brazilian spheres are explained. The scientific link enriched by the critical argument raised from the historical reports so relevant to this legal analysis is explored, pointing out the political and economic development at different times ceasing in the current capitalist scenario and its legal impact on labor standards and western humanity. It is exposed the confrontation disputed by the Law before the political and economic ideologies, being the search of the balance an arduous and incessant task fit to the legal guard, paying attention to the preservation of the conquered values and the escape of the social setbacks cautiously under the society and its evolved moral value. In view of this, the thesis ends in the hope of reevaluating the new ideas that enter the structure of the existing legal institutes in a coherent search for their supervisory and just characteristic, not allowing the abuse of normative attributes and the power to reach man in its intrinsic

value in the relations agreed upon by the employment relationship and to whom it impacts.

**KEYWORDS:** Precarious. Labour Law. Legal institutes. Social retrogression.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho:** reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Editora Boitempo, 2000.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir., GENTILI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo:** as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução: Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

BRAVERMANN, H. **Trabalho e capital monopolista – a degradação do trabalho no século XX.** Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente:** Análise jurídica da exploração do trabalho - Trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTR, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 2000.

CAVALCANTE, J. de Q. P.; VILLATORE, M. A. C. (coord.). **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho:** trabalho decente. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego:** entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme Lei da Reforma Trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução: Carlos Brandão. 2. ed.: São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA, Y. **A formação profissional frente aos desafios de intervenção e das atuais configurações do ensino público, privado e à distância**: Serviço Social e Sociedade. Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume II/ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneicler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 4ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro I. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich.; **O Capital**: Crítica da economia política. O processo global da produção capitalista. Livro III. Tradução: Rubens Enderle. Rio de Janeiro: Boitempo, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia política**: uma introdução crítica - 3. ed. - São Paulo: Cortez, 2008.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século XX**: taylorismo, fordismo e toyotismo. - 2. ed. - São Paulo: Expressão Popular, 2010.

PREUSS, Ulrich K. **Constitutional Powermaking for the New Polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution**. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

SAHLINS, Marshall. **Sociedades tribais**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SINGER, Paul. **Introdução a Economia Solidária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

SNYDER, Timothy. **Sobre a tirania** — Vinte lições tiradas do século XX. - 1. ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. - 8. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia para o ensino médio**. 1. ed. São Paulo: Atual, 2007.

[https://www.academia.edu/18513133/Reflexoes Doutrinarias sobre a perspectiva europeia acerca do futuro do direito do trabalho](https://www.academia.edu/18513133/Reflexoes_Doutrinarias_sobre_a_perspectiva_europeia_acerca_do_futuro_do_direito_do_trabalho). Acesso em 30 de Março de 2020.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/sociologia/trabalho-labor-e-acao-a-vita-activa-no-brasil-do-seculo-xxi-sob-a-optica-de-hannah-arendt/> Acesso em 30 de Março de 2020.

<http://www.scielo.br/pdf/ts/v16n2/v16n2a17> Acesso em 30 de Março de 2020.

**A RECUSA DE TRATAMENTO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO MENOR MADURO E DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA**

**Lia Oliveira de Souza<sup>1</sup>**  
**Marcela Morales Correa de Souza<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo tem como tema a recusa de tratamento por crianças e adolescentes. O objetivo principal deste estudo é analisar a teoria do menor maduro e o princípio da autonomia progressiva, buscando verificar se existe a possibilidade de recusa de tratamento por crianças ou adolescentes que se encontram em situação terminal de doença sem perspectiva de cura, como forma de possibilitar o exercício da autonomia desses indivíduos acerca de questões existenciais. O artigo não se propõe a esgotar a discussão, nem apresentar soluções simplórias a uma situação evidentemente complexa, mas apenas ampliar as pesquisas sobre o tema e elucidar a discussão com a formulação de algumas hipóteses de caminhos a serem percorridos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do menor maduro. Capacidade para tomada de decisão. Morte digna. Crianças e adolescentes.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Metodista Granbery. E-mail: [liamarangon@hotmail.com](mailto:liamarangon@hotmail.com).

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá, Advogada, Professora de Direito Civil e de Direito Processual Civil. E-mail: [prof.marcelamorales@gmail.com](mailto:prof.marcelamorales@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

A recusa de tratamento por pessoas adultas em busca de uma morte digna é uma questão que abrange várias discussões acerca do exercício da autonomia de um indivíduo. Mas e quando essas situações envolvem sujeitos menores de idade, será que existe esta possibilidade de autodeterminação? Certamente a resposta para essa questão não é simples.

A realização do presente trabalho se justifica pelo caráter intrigante da discussão proposta. *Hard cases* são sempre alvo de grande interesse em razão da inexistência de repostas que ponham fim aos questionamentos que pairam sobre essas situações.

A indagação se pacientes menores de idade têm autonomia para recusar tratamento médico, quando há risco de vida, transpassa várias cearas do Direito, desde o Direito Constitucional até o Direito Civil, e também ecoa em áreas distintas como a Medicina e a Psicologia.

Para além do fator determinante de se estar diante de pessoas menores de idade, tem-se a discussão sobre a recusa de tratamento em si, que coloca em cheque valores constitucionalmente protegidos na forma de direitos fundamentais, em específico os direitos à vida e à liberdade. Ao inserir os menores de idade nessa discussão, são acrescentados novos tópicos, como a capacidade para a tomada de decisão, a existência ou não de autonomia e o alcance do poder familiar.

No Brasil, essa discussão não é tão disseminada, mas pode ser percebida a partir de produções acadêmicas que a trazem à tona e de discussões na seara internacional. Por esse motivo é importante contribuir com mais pesquisas sobre o tema, razão pela qual se faz o presente estudo.

No cenário internacional, é possível perceber com mais frequência a realidade prática dessa discussão. Frequentemente são noticiados casos de crianças e adolescentes, em situação terminal de doença, que se recusam a iniciar ou dar prosseguimento em tratamento que não tem uma perspectiva de cura, mas apenas um prolongamento infundado de suas vidas já não dotadas de dignidade.

Nesse sentido é elaborada a denominada doutrina ou teoria do menor maduro, que visa resguardar a autonomia das crianças e dos adolescentes que se encontram nessas situações de terminalidade da vida. A presente pesquisa busca analisar se essa teoria poderia ser aplicada no âmbito do Direito brasileiro.

O objetivo deste trabalho é analisar a teoria do menor maduro, o princípio da autonomia progressiva, verificando a possibilidade de aplicação desses preceitos no Direito brasileiro quando da recusa de tratamento por menores de idade. O caso Gillick, importante precedente do reconhecimento da capacidade de decisão de menores de idade, será o ponto de partida para o estudo proposto, tendo a pesquisa, como principal questionamento, a recusa do tratamento por menores de idade com fundamento na teoria do menor maduro e o princípio da autonomia progressiva, perpassando por uma análise crítica do sistema de capacidades estabelecido pelo ordenamento jurídico, ressaltando, de forma geral, o tema da morte digna e apresentando considerações acerca da possibilidade de disposição da própria vida pelo indivíduo que se encontra em situação terminal de doença sem perspectiva de cura, correlacionando o direito à vida digna e o direito à morte digna.

## **1 O PRECEDENTE DO CASO GILICK**

Um caso emblemático envolvendo a capacidade decisória do indivíduo menor de idade é o caso Gillick, que deu origem à *Gillick competence*, também desenvolvida sob a denominação de “teoria do menor maduro”.

O caso Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another<sup>3</sup> se deu em 1986, no Reino Unido, quando o Departamento de Saúde e Previdência Social emitiu uma circular para as autoridades de saúde, permitindo que os médicos aconselhassem adolescentes menores de 16 anos sobre métodos contraceptivos, mesmo que sem o consentimento dos pais responsáveis, aplicando nesses casos o princípio da confidencialidade entre médico e paciente.

---

<sup>3</sup>Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: <http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/gillickvwestnorfolk1985/>

Frente a essa situação, a Sra. Gillick procurou a autoridade sanitária local alegando que suas três filhas menores de 16 anos não receberiam aconselhamento e tratamento sobre métodos contraceptivos sem sua autorização. O departamento se recusou a dar essa garantia à Sra. Gillick, que então propôs uma ação contra ele, alegando que a conduta do médico estaria incitando menores de 16 anos a práticas sexuais ilegais e, ainda, que tal aconselhamento iria contra sua autoridade parental. O Juízo decidiu que a conduta do médico, ao aconselhar jovens menores de 16 anos, não incitaria a práticas sexuais ilegais e que o atendimento não contrariava a autoridade parental, visto que esta se caracteriza como uma responsabilidade perante os filhos, e não como um dever sobre eles.<sup>4</sup>

A Sra. Gillick apelou quanto à decisão e o tribunal acolheu seu pedido. Entretanto, o departamento de saúde recorreu à Câmara dos Lordes que, ao analisar o caso, proferiu decisão que figura como marco no reconhecimento de direitos de crianças e adolescentes. No julgamento de Lord Fraser se encontram várias questões acerca da autonomia da criança e do adolescente, do consentimento informado, do limite da autoridade parental e do melhor interesse do menor. Esse precedente deu origem à doutrina ou teoria do menor maduro, desenvolvida posteriormente nos Estados Unidos.

---

<sup>4</sup>Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: <http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/gillickvwestnorfolk1985/>. Texto original: “When the authority refused to give such an assurance the plaintiff brought an action against the authority and the department seeking (i) as against both the department and the area health authority a declaration that the advice contained in the circular was unlawful, because it amounted to advice to doctors to commit the offence of causing or encouraging unlawful sexual intercourse with a girl under 16, contrary to s 28(1) of the Sexual Offences Act 1956, or the offence of being an accessory to unlawful sexual intercourse with a girl under 16, contrary to s 6(1) of that Act, and (ii) as against the area health authority a declaration that a doctor or other professional person employed by it in its family planning service could not give advice and treatment on contraception to any child of the plaintiff below the age of 16 without the plaintiff's consent, because to do so would be unlawful as being inconsistent with the plaintiff's parental rights. The judge held (i) that a doctor prescribing contraceptives to a girl under 16 in accordance with the advice contained in the department's circular would not thereby be committing an offence of causing or encouraging unlawful sexual intercourse with the girl, contrary to s 28(1) of the 1956 Act, and (ii) that a parent's interest in his or her child did not amount to a 'right' but was more accurately described as a responsibility or duty, and accordingly giving advice to a girl under 16 on contraception without her parent's consent was not unlawful interference with parental 'rights'. He accordingly dismissed the plaintiff's action”.

Como demonstra Moraes, em respeito à decisão da Câmara dos Lordes, sobre o caso Gillick<sup>5</sup>:

No julgamento desse caso pela Câmara dos Lordes, são apresentados três vertentes da argumentação no recurso: a primeira é se uma menor de dezesseis anos teria a capacidade legal para dar um consentimento válido para o tratamento e aconselhamento contraceptivo, no qual estariam incluídos exames médicos; a segunda, se o fato de aconselhar e prescrever tratamentos para esta menor, sem o consentimento dos pais, infringiria o direito desses e, a terceira, se um médico que dá conselhos ou tratamento para uma menor, sem o consentimento de seus pais, incorre em responsabilidade criminal.

Lord Fraser, em seu voto, afirma que a capacidade de decisão do menor para consentir um tratamento e aconselhamento contraceptivo não deve se basear somente na idade biológica do indivíduo e, desde que demonstrado o entendimento do menor sobre o tratamento e suas implicações, ele tem a autonomia para decidir. Essa ponderação de Lord Fraser é a premissa básica da teoria do menor maduro. Nos termos de Lord Fraser<sup>6</sup>:

[...] desde que o paciente, seja um menino ou uma menina, seja capaz de entender o que é proposto e de expressar seus próprios desejos, não vejo boas razões para sustentar que ele não possui capacidade de expressá-los de forma válida e eficaz e para autorizar o médico a fazer o exame ou tratamento que ele aconselhar.

Quanto à autoridade parental, Lord Fraser explica que não deve ser vista como um direito dos pais sobre o menor, mas sim como um dever daqueles perante este e, nesse sentido, deveria prevalecer a tomada de decisão que melhor atendesse aos interesses do menor que, demonstrando compreensão diante do tratamento proposto e as suas implicações, vê-se capaz de se autodeterminar.

---

<sup>5</sup> MORAES, R. S. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes a vida e a saúde:** uma apreciação da situação brasileira. Orientadora: Monica Aguiar. 2011. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 161. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10774/1/RMoraes%20seg.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>6</sup> Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: <http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/gillickvwestnorfolk1985/>. Trad. Nossa. Texto original: [...] Provided the patient, whether a boy or a girl, is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorize the medical man to make the examination or give the treatment which he advises. [...]

Nessa perspectiva, Sá e Sillmann apontam que a decisão de Lord Fraser entende a autoridade parental como algo que não é absoluto e, na medida em que a criança cresce e desenvolve seu intelecto, ela passa a tomar suas próprias decisões, de maneira gradativa, de acordo com a compreensão que tem do mundo, diminuindo a necessidade de proteção por parte dos pais.<sup>7</sup>

Inegável a importância dessa decisão quando do reconhecimento da capacidade de discernimento e decisão de um menor sobre tratamentos médicos, mesmo diante do não consentimento de seus responsáveis. Dela surge o termo conhecido como “Gillick Competence”. Nas palavras de Sá e Sillmann<sup>8</sup>:

O Caso Gillick deu origem ao termo Competência de Gillick (Gillick Competence), que consiste na possibilidade de o menor aderir a tratamento médico, independentemente do consentimento dos pais. Para apurar se a criança ou o adolescente têm a compreensão necessária para tomada de decisões, foram criados os denominados testes Gillick (teste de Lorde Scarman e Fraser Guidelines), elaborados por dois dos juízes que julgaram a questão.

Lorde Scarman propôs em seu voto que “o direito dos pais de determinar se o menor de dezesseis anos será sujeito ou não a um tratamento médico termina se e quando a criança atinge inteligência e discernimento suficientes que a tornem capaz de compreender por completo o que lhe é proposto.” (GILLICK X WEST NORTHFOLK, 1985). Portanto, inteligência e discernimento são elementos subjetivos que, para Lorde Scarman, devem ser avaliados pelo médico diante de cada situação.

O precedente do caso Gillick não aborda a recusa de tratamento, limitando-se apenas ao consentimento de menores para tratamento e aconselhamento quanto a métodos contraceptivos, mas seus fundamentos podem ser transportados para o debate sobre a possibilidade de recusa de tratamento por menores no âmbito do Direito brasileiro. Nos Estados Unidos, a capacidade de decisão por parte de crianças e adolescentes é desenvolvida a partir do que se denomina de doutrina ou teoria do menor maduro. É importante ressaltar que a *competência gillick* e a teoria do menor maduro não são a mesma coisa, mas suas premissas e fundamentos são tangentes.

---

<sup>7</sup>SÁ, M. F. F.; SILLMANN, M. C. M. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v.1, n.2, p.70-89, jul, 2015. p. 74. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322598918\\_A\\_RECUSA\\_DE\\_TRATAMENTO\\_MEDICO\\_P\\_OR\\_CRIANCAS\\_E\\_ADOLESCENTES\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_PARTIR\\_DA\\_COMPETENCIA\\_DE\\_GILLICK](https://www.researchgate.net/publication/322598918_A_RECUSA_DE_TRATAMENTO_MEDICO_P_OR_CRIANCAS_E_ADOLESCENTES_UMA_ANALISE_A_PARTIR_DA_COMPETENCIA_DE_GILLICK). Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>8</sup>Idem. **Ibidem**. p. 74.

## 2 A TEORIA DO MENOR MADURO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA REGRESSIVA

No âmbito dos Estados Unidos, tal premissa é desenvolvida de modo mais aprofundado através do que denominaram de teoria ou doutrina do menor maduro.

Sobre a doutrina do menor maduro, Jacob relata que esta surgiu e foi se aprimorando ao longo dos anos nos Estados Unidos, em razão das constantes demandas ajuizadas por pais contra médicos que ofereciam tratamento a seus filhos menores sem o consentimento deles- pais. Em 1973, a Academia Americana de Pediatria estabelecia que um menor de idade pode consentir a tratamento médico quando demonstrado que é capaz de tomar decisões racionais.<sup>9</sup>

Ainda de acordo com Jacob, essa teoria ou doutrina se baseia no entendimento de que os direitos da personalidade e outros direitos civis podem ser exercidos pelo indivíduo a partir do momento em que pode desfrutar deles, situação que pode ocorrer antes dos dezoito anos de idade. No caso dos menores de idade, devem demonstrar a capacidade de autodeterminação, de autonomia – o que se presume no caso de sujeitos maiores de idade.<sup>10</sup>

Segundo os preceitos da teoria do menor maduro, o grau de capacidade para o exercício da autonomia do menor de idade não está ligado a uma idade específica, é algo que se desenvolve ao longo do tempo e é demonstrado diante das situações concretas, no meio social. A discussão do grau de maturidade é bastante desenvolvida no âmbito da psicologia. Moraes<sup>11</sup>:

A discussão sobre o grau de maturidade passa pela psicologia. Frequentemente, os autores que cuidam do tema fazem referência a psicologia evolutiva de Piaget e no sistema de evolução da consciência moral das crianças, elaborado por Kohlberg. Com base nessas teorias é que fundamentam algumas justificativas para a aplicação da doutrina do “menor

---

<sup>9</sup>JACOB, M. S. **El menor maduro**. 2005, p. 158. Disponível em: [http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>10</sup> Idem. **Ibidem**. p.158.

<sup>11</sup>MORAES, R. S. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes a vida e a saúde**: uma apreciação da situação brasileira. Orientadora: Monica Aguiar. 2011. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.p. 180. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10774/1/RMoraes%20seg.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

maduro”, pois não se mostra fácil determinar quando uma pessoa é moralmente madura.

O exercício da autonomia do menor, sob a luz da teoria do menor maduro, advém de uma capacidade de fato, independente de um parâmetro de idade legal específico estabelecido como determinante da capacidade. O exercício da autonomia do menor de idade, portanto, é identificado a partir de uma análise do grau de maturidade do menor, ou seja, de sua compreensão sobre a complexidade daquilo que lhe é proposto.

Moraes, à luz de Casabona, explica que, quando o paciente é menor de idade, sua capacidade natural de juízo é que deve ser atendida, ou seja, para que seu consentimento tenha relevância jurídica, deve demonstrar maturidade suficiente para compreender a natureza e a complexidade daquilo que consente.<sup>12</sup>

Seguindo essa lógica de raciocínio, dentro da ótica de ambas, “Gillick Competence” e “teoria do menor maduro”, alguns autores trabalham com o conceito da autonomia progressiva.

O princípio da autonomia se traduz na capacidade de o indivíduo se autodeterminar sem sofrer intervenções de terceiros. É importante destacar que a autonomia da vontade é expressão horizontal do princípio e direito fundamental à liberdade. A Constituição Federal garante a todos o direito fundamental à liberdade que, segundo José Afonso da Silva<sup>13</sup>, traduz-se em um poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão que se dirige em busca da realização pessoal do indivíduo.

De acordo com as lições de Bobbio<sup>14</sup>, o direito à liberdade comporta duas dimensões, uma positiva e outra negativa. A liberdade positiva é entendida como a possibilidade que o indivíduo tem de orientar-se acorde sua vontade, sem ser determinado pela vontade de terceiros. Já a liberdade negativa é entendida como a

---

<sup>12</sup>CASABONA, 2005 **Apud** MORAES, 2011, p. 190.

<sup>13</sup> SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 235

<sup>14</sup> BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997. p. 49-51

possibilidade de o indivíduo fazer ou deixar de fazer algo sem ser compelido a fazer ou impedido de fazer algo por terceiros.

Segundo Dias<sup>15</sup>, a autonomia da vontade, apesar de ter uma vinculação mais forte com a noção de liberdade positiva, não deixa de ter relação com a dimensão negativa de liberdade, pois o termo deriva do grego “*auto*” (próprio) “*nomos*” (regra). Nas palavras do autor<sup>16</sup>:

Assim como quer Berlin, eu sou livre na medida em que posso agir sem ser obstruído por outros; sou livre se minha vida e minhas decisões não dependem dos outros, mas apenas de mim mesmo. Eu tenho autonomia, portanto, na medida em que posso dar a mim mesmo as regras que vão reger meus interesses. E esse direito é garantido pelas cabeças dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal.

Quando se fala em crianças, utiliza-se o termo autonomia progressiva, construído a partir da Convenção dos Direitos da Criança (artigo 5). A autonomia é progressiva, pois a criança é um sujeito em desenvolvimento; a partir do momento em que a criança se torna sujeito de direitos, ela passa a ter condições de exercê-los progressivamente, de acordo com o seu desenvolvimento.<sup>17</sup>

Nesse sentido, busca-se um equilíbrio entre a autoridade parental, não como um direito sobre os filhos, mas como um dever de zelar por eles e o estímulo ao exercício e desenvolvimento das capacidades decisórias do menor, inserindo-o na prática de sua autonomia. Nas palavras de Sillmann e Vieira, “[...] é atribuído aos pais e àqueles que convivem com a criança o dever de instruir e orientar para que esta, de acordo com seu desenvolvimento e de forma gradativa, passe a exercer os direitos que lhe são reconhecidos.”<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> DIAS, R. **O direito fundamental a uma morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 135

<sup>16</sup> Idem. **Ibidem**.

<sup>17</sup> SILLMANN, M. C. M. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá. 2017. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 86.

<sup>18</sup> VIERA, M. M.; SILLMANN, M. C. M. Autonomia progressiva e exercício dos direitos da personalidade: reflexões sobre os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU, 5, 2016, Montevideu. **Anais Direito Civil Contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 125. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/9105o6b2/ujz5v2j4/l28C9VmQYuaG3ULX.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

O exercício da autonomia progressiva é verificado a partir do grau de maturidade do menor e na capacidade de compreensão e discernimento sobre a decisão que está prestes a tomar, entendendo suas consequências, podendo, a partir daí, exercer os direitos dos quais tem a titularidade. Esses são os critérios observados no caso Gillick e desenvolvidos pela teoria do menor maduro.

### **3 UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO BRASILEIRA: O SISTEMA DE INCAPACIDADES**

No Direito brasileiro, a partir do nascimento com vida, o indivíduo adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos. A partir desse momento, a pessoa é capaz de exercer direitos e de contrair obrigações, ou seja, detém capacidade de direito. Quando a pessoa tem capacidade de exercer esses direitos pessoalmente, diz-se que possui capacidade de fato. Aquele sujeito que detém os dois tipos de capacidade possui então capacidade civil plena.<sup>19</sup>

De acordo com o Código Civil de 2002, os menores de 18 anos e maiores de 16 anos são considerados relativamente incapazes, necessitando de assistência para o exercício de seus direitos, já os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, necessitando de representação para o exercício de seus direitos.

Em consenso à Sá, não há dúvidas de que o Direito Civil brasileiro, ao estabelecer a teoria das incapacidades da maneira que o fez, buscou proteger o indivíduo de qualquer violação ou limitação ao exercício de sua autonomia. Contudo, ressalta que isso se deu sob a égide do individualismo e do patrimonialismo, com o intuito de proteger o patrimônio do incapaz.<sup>20</sup> Mas e quanto a questões existenciais, prevalece esse sistema de incapacidades? Sá questiona<sup>21</sup>:

A presunção de incapacidade de um indivíduo menor de 18 anos é absoluta? Não poderiam estes indivíduos decidir sobre questões existenciais que dizem

<sup>19</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil, volume 1**: parte geral. 19.ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>20</sup> SÁ, M. F. F. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 163.

<sup>21</sup>Idem. **Ibidem**. p. 163.

respeito a sua autobiografia, ou a presunção de incapacidade impede seja construída a sua personalidade?

Como dito, o esquema das incapacidades foi pensado com o intuito de proteger o conjunto patrimonial da criança e do adolescente, mas no tocante às questões existenciais faz jus a uma reanálise, principalmente no que se refere ao exercício dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos voltados para a esfera mais íntima da pessoa. Nas lições de Farias e Rosenvald, são essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, convertem-se nas projeções físicas, psíquicas e intelectuais do titular<sup>22</sup>.

Assim dispõem os autores:

[...] os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito público e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o minimum necessário e imprescindível à vida com dignidade.<sup>23</sup>

Questiona-se se dada à natureza existencial desses direitos, a partir de uma desconstrução desse critério de incapacidade, crianças e adolescentes poderiam exercer os direitos da personalidade, tocante a sua esfera mais íntima como pessoa, que até então são exercidos a partir da assistência ou representação decorrentes do poder familiar.

Propõe Sillmann<sup>24</sup>:

O critério etário deve permanecer para aquilo que foi criado: exercício dos atos patrimoniais. Em relação aos direitos da personalidade, defende-se a modulação dos efeitos da capacidade a partir da efetivação da autonomia progressiva da criança e do adolescente. Esta possibilidade, prevista pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 representaria o equilíbrio entre a tão necessária segurança jurídica aos negócios

---

<sup>22</sup> FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

<sup>23</sup> Idem. **Ibidem**. p. 140

<sup>24</sup> SILLMANN, M. C. M. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá. 2017. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 77.

patrimoniais e o exercício dos direitos da personalidade por aqueles que são seus titulares [...].

Nesse sentido, seria necessária uma limitação do poder familiar, que seria visto não como um poder absoluto sobre os filhos, mas como um meio de incentivo ao desenvolvimento e inclusão daquele menor nas decisões que dizem respeito a si, levando em consideração sua vontade como forma de desenvolver o exercício de sua autonomia.

A teoria do menor maduro preza por isso, ou seja, a capacidade de o menor exercer seus direitos da personalidade tal como aqueles considerados legalmente capazes, a partir do momento em que demonstra grau de maturidade suficiente para compreender o significado de sua decisão.

Agora o questionamento principal: um menor de idade em situação terminal pode recusar tratamento?

#### **4 A RECUSA DE TRATAMENTO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO MENOR MADURO E DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA PELO DIREITO BRASILEIRO**

De tempos em tempos, deparamo-nos com questões que colocam os parâmetros de capacidade em xeque e levam a difíceis questionamentos. Exemplo é a questão sobre a possibilidade ou não de recusa de tratamento por parte de menores de idade, crianças e adolescentes, mesmo em situações em que há risco de morte. Questiona-se se, diante dessas situações, o menor teria autonomia para participar ou não da tomada de decisão que afinal diz respeito a si próprio.

Em suma, o tema acerca da morte digna é um tema bastante amplo. Em linhas gerais, é uma discussão que paira sobre diversas questões jurídicas, éticas, religiosas e morais, pois se funda em um conflito entre a proteção da vida e a proteção do exercício da autonomia do indivíduo que se encontra em situação terminal, sem perspectiva de tratamento que lhe possa trazer uma cura.

De um lado tem-se posições que, fundadas no caráter da inviolabilidade da vida, tida como um bem maior, refutam a possibilidade de um indivíduo decidir sobre

sua própria morte. De outro tem-se posições fundadas em uma leitura civil-constitucional defendendo a autonomia de o indivíduo decidir de que forma viver e de que forma morrer.

No âmbito do Direito brasileiro, o ordenamento jurídico tutela os direitos à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, em nível constitucional e infraconstitucional.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 13, não permite que um indivíduo realize atos de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

Sá e Sillmann defendem que não seria possível a recusa a tratamento que resultasse na morte de um indivíduo, visto que caracterizaria um ato de disposição de um direito da personalidade, ou seja, vida e integridade física.<sup>25</sup> Contudo, as autoras defendem que referido artigo possui diferentes vieses de interpretação, frente ao Estado Democrático de Direito e seu fundamento na dignidade da pessoa humana, de forma a possibilitar a recusa de tratamento, ou seja, a disposição de um direito da personalidade de forma voluntária em respeito à autonomia do indivíduo.

Por sua vez, o artigo 15 do Código Civil prevê que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Desse artigo extrai-se a prerrogativa de o indivíduo recusar tratamento em função do seu direito à integridade física, desde que não resulte em risco de vida.<sup>26</sup>

Entretanto, a interpretação desse artigo deve ser feita levando em conta o exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente em relação ao exercício da autonomia da vontade. Essa é a interpretação proposta no Enunciado nº 533 da VI Jornada de Direito Civil<sup>27</sup>, que prevê o seguinte:

---

<sup>25</sup>SÁ, M. F. F.; SILLMANN, M. C. M. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v.1, n.2, p.70-89, jul, 2015. P. 83. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322598918\\_A\\_RECUSA\\_DE\\_TRATAMENTO\\_MEDICO\\_P\\_OR\\_CRIANCAS\\_E\\_ADOLESCENTES\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_PARTIR\\_DA\\_COMPETENCIA\\_DE\\_GILLICK](https://www.researchgate.net/publication/322598918_A_RECUSA_DE_TRATAMENTO_MEDICO_P_OR_CRIANCAS_E_ADOLESCENTES_UMA_ANALISE_A_PARTIR_DA_COMPETENCIA_DE_GILLICK). Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>26</sup> GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>27</sup> ENUNCIADO nº 533 do CJF, da VI Jornada de Direito Civil . Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>. Acesso em: 15 nov. 2020.

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Conforme a justificativa dada ao Enunciado pelo Conselho de Justiça Federal (CJF) há um crescente reconhecimento da autonomia da vontade e à autodeterminação de pacientes em processo de decisão envolvendo tratamentos de saúde. O artigo 15 deve ser interpretado levando esses preceitos em consideração. O risco de vida, em certo grau, está presente em todo tratamento médico e não deve ser visto como elemento complementar do suporte fático para a interpretação desse artigo. Outro conceito que deve ser extraído da interpretação desse artigo é o consentimento informado, elemento essencial que deve estar presente na tomada de decisão acerca da recusa de tratamento.<sup>28</sup>

Essas considerações sobre uma nova interpretação dos artigos 13 e 15 do Código Civil, fundadas no pleno exercício dos direitos da personalidade, possibilitam a recusa de um tratamento, mesmo quando essa situação incorra na disponibilidade da vida, como forma de assegurar o exercício da autonomia da vontade do indivíduo.

Tem-se, pois, uma interpretação da vida como um direito, e não como um dever. Nas palavras de Farias e Rosenvald<sup>29</sup>:

[..] é possível vislumbrar o direito à vida digna (dignidade da pessoa humana), a partir da interpretação do art. 1º, III, da Constituição da República, como o pressuposto lógico da personalidade humana e, conseqüentemente, dos próprios direitos da personalidade.

E, quanto à morte digna, vislumbram os mesmos autores<sup>30</sup>:

É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão

---

<sup>28</sup> **Ibidem.**

<sup>29</sup>FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172.

<sup>30</sup>Idem. **Ibidem.** p. 309-310.

somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações.

As situações seriam analisadas caso a caso, levando em consideração todas as particularidades do caso concreto.

A partir dessa linha de raciocínio é possível vislumbrar um caminho que permita a recusa de tratamento frente à terminalidade da vida. E, quando o indivíduo que se encontra nessa situação for uma criança ou adolescente, a aplicação da teoria do menor maduro, em conjunto com os preceitos da autonomia progressiva, traz fundamento complementar plausível de ser acolhido no Direito brasileiro.

A partir da aplicação da referida teoria no Direito brasileiro, aquele menor de idade (criança ou adolescente) que se vê diante de uma situação em que existe a necessidade de decidir pela aceitação ou não de um tratamento que busque o prolongamento de sua vida, mas que não tenha perspectiva de resultado benéfico e cura, pode decidir pela recusa desde que demonstrado e comprovado que tenha discernimento suficiente para compreender a sua situação sanitária e esteja ciente das consequências de sua decisão. Ou seja, é necessário o consentimento informado do menor. Demonstrado o grau de capacidade do menor, este estaria apto a exercer seus direitos da personalidade de forma autônoma, optando pela recusa ao tratamento.

Evidente que a decisão não se daria de maneira tão simples, pois seria necessária profunda análise psicológica, social do menor, bem como também deveria ser apresentada todas as informações ao indivíduo de forma clara e objetiva. O diálogo entre o menor e os pais, com o intuito de chegarem em um acordo, visando ao melhor interesse daquela criança ou daquele adolescente, seria também indispensável.

Cabe ressaltar que originalmente a teoria do menor maduro é desenvolvida em países da tradição *common law*, segundo a qual há uma prevalência dos precedentes

judiciais, diferentemente do Direito brasileiro que segue a tradição *civil law*, na qual há uma predominância das legislações.<sup>31</sup>

Na Argentina, o Código Civil contempla a autonomia progressiva do adolescente. Para a codificação Argentina, são considerados adolescentes aqueles que têm entre 13 e 18 anos. No que concerne a tratamentos médicos não invasivos, presume-se que os adolescentes entre 13 e 16 anos tem competência para decidir, desde que o tratamento não comprometa seu estado de saúde, gerando risco de vida. Por outro lado, em caso de tratamento invasivo que comprometa sua saúde e gere risco de vida, a decisão será tomada com a assistência dos pais. Já o jovem com mais de 16 anos é considerado como adulto para tomada decisões acerca do próprio corpo.<sup>32</sup>

Observa-se que são criados parâmetros objetivos limitando o exercício da autonomia progressiva. Sobre esses parâmetros, salienta-se consideração feita por Nelson Rosendal<sup>33</sup>:

Em respeito à regra de proporcionalidade, criam-se parâmetros objetivos para o estabelecimento de quais pessoas e em quais condições e matérias, a autonomia gradualmente alçará de um mínimo a um máximo espaço de liberdade.

Destaca, ainda, o autor que<sup>34</sup>:

Em verdade, a idade se converte em apenas mais uma pauta a ser considerada na ponderação, pois prevalecerá o conceito empírico e essencialmente mutável de maturidade suficiente para a prática do concreto ato.

No âmbito do Direito brasileiro, por uma questão de segurança jurídica, seria adequada a discussão do tema no âmbito legislativo, buscando a criação de

---

<sup>31</sup> MORAES, R. S. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes a vida e a saúde**: uma apreciação da situação brasileira. Orientadora: Monica Aguiar. 2011. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.p. 155. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10774/1/RMoraes%20seg.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>32</sup> ROSENVALD, N. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. GenJuridico. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>33</sup> Idem. **Ibidem**.

<sup>34</sup> Idem. **Ibidem**.

legislação específica sobre a possibilidade da recusa de tratamento por crianças e adolescentes que contemple a teoria do menor maduro e o princípio da autonomia progressiva.

Contudo, enquanto não existe legislação específica a respeito da recusa de tratamento por crianças e adolescentes no Brasil, a aplicação da teoria do menor maduro – e inclusive a própria recusa de tratamento em si, necessitaria de exercício de interpretação constitucional que analisasse e ponderasse os princípios e interesses envolvidos na decisão casuística, bem como as particularidades de cada caso, para então decidir pela aplicação ou não no caso concreto.

Destaca-se que, quanto à análise do grau de maturidade do menor, a fim de saber se este está apto ou não a tomar a decisão de recusa ao tratamento, seria necessária a atuação de equipe psicossocial, devido à complexidade de tal análise.

A teoria do menor maduro não se exime de críticas, sobretudo quanto a seu nível de subjetivismo, mas quando analisada em conjunto ao princípio da autonomia progressiva se torna mais sólida. O fato é que, quando um menor se encontra em estado terminal e não existe uma perspectiva de tratamento com resultado benéfico que possa vir a mudar sua situação de saúde, suas considerações sobre o tratamento e a recusa deste devem ser ouvidas. Até porque não se pode perder de vista que, de fato, levando-se em consideração características individuais e sociais de vida, o grau de maturidade de crianças e adolescentes se apresentam das mais variadas formas e desenvolvimento.

Como bem aponta Jacob<sup>35</sup>, quando se trata da teoria do menor maduro, não existe receita, guia ou algoritmos que ajudem na familiarização com o tema, apenas a boa vontade e o grau de comprometimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto é possível tecer algumas conclusões. Em primeiro lugar, fica evidente o grau de complexidade da discussão acerca da

---

<sup>35</sup>JACOB, M. S. **El menor maduro**. 2005, p. 159. Disponível em: [http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

possibilidade de recusa de tratamento por crianças e adolescentes, percebendo-se que qualquer proposta simples que vise a trazer solução para esse questionamento restaria infrutífera, sobretudo pelo caráter recente da discussão que, aos poucos, dissemina-se pela academia.

Os objetivos deste artigo se traduziram na análise da teoria do menor maduro e do princípio da autonomia progressiva, buscando verificar se existe a possibilidade desses preceitos serem aplicados ao Direito brasileiro nas situações em que crianças e adolescentes, em estado de doença terminal, queiram recusar tratamento médico, mesmo havendo risco para suas vidas, como forma de preservar a autonomia na tomada da decisão dessa questão existencial.

Foi possível caracterizar a teoria do menor maduro como uma teoria que propõe a efetivação do exercício dos direitos do menor de idade. A autonomia do menor de idade não está ligada a um parâmetro de idade biológica, mas ao grau de capacidade de decisão que aquele menor apresente no plano concreto. A teoria se fundamenta na ideia de que os direitos da personalidade podem ser exercidos pelos indivíduos menores de idade da mesma forma que um indivíduo maior de idade, desde que comprovada a capacidade de discernimento, baseando-se numa ideia de capacidade de fato, ou seja, aquele que é titular de um direito pode exercê-lo.

Por sua vez, foi possível perceber que o princípio da autonomia progressiva prevê que a criança e o adolescente são seres em formação e, na medida em que vão se desenvolvendo, aprimoram sua autonomia e, nesse sentido, os pais e responsáveis devem incentivá-los ao exercício dessa autonomia, dando espaço para que a criança ou o adolescente possa tomar suas próprias decisões.

Restou constatado que, pelo sistema brasileiro de incapacidades, os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos e os menores de dezesseis anos são considerados relativa ou absolutamente incapazes, respectivamente, para a tomada de decisões. Entretanto, sob um ponto de vista crítico, foi possível perceber que o sistema de incapacidades visa à proteção do patrimônio do incapaz, mas é passível de revisão quanto à tomada de decisões em relação a questões existenciais, como no caso abordado no presente artigo, ou seja, a recusa de tratamento para decidir como viver e como morrer.

Nesse diapasão, surgiu a possibilidade de aplicação da teoria do menor maduro e do princípio da autonomia progressiva no Direito brasileiro, como forma de relativizar o sistema de incapacidades, permitindo que a criança ou o adolescente recuse tratamento médico, mesmo havendo risco de vida, desde que demonstrado no caso concreto sua capacidade de discernimento para a tomada da decisão. Fez-se importante ressalva ao fato de a teoria do menor maduro ser primordialmente desenvolvida em países de sistema *commom law*, distinto do sistema adotado pelo Brasil, da *civil law*. Entretanto, foi constatada a possibilidade de aplicação dos referidos preceitos a partir das teorias desenvolvidas, estas, inclusive, já definidas no Código Civil argentino.

O mais adequado seria a discussão da recusa de tratamento por crianças e adolescentes na esfera do Poder Legislativo, a fim de criar lei específica sobre a temática. Entretanto, enquanto não houver previsão legislativa, deverá ser observado o tema a partir do caso concreto, situação em que deverá ser feito um sopesamento dos interesses envolvidos, ou seja, vida, liberdade, capacidade de discernimento da criança ou do adolescente, limite do poder familiar e a possibilidade ou não da recusa de tratamento em busca de uma morte digna.

Por fim, conclui-se que a hipótese apresentada não se exime de críticas, principalmente por ter um cunho bastante subjetivo, visualizando a dificuldade em afastar completamente o critério etário da tomada de decisão, visto que este traz um caráter de segurança jurídica, mas constata-se que há uma prevalência da análise do grau de capacidade do menor de idade no caso concreto. O importante é que a criança ou o adolescente sejam incluídos na tomada de decisão e que sua vontade tenha relevância, para que a decisão sobre uma morte digna não fique apenas a cargo do interesse dos pais, pois nem sempre o interesse destes estará em harmonia com o dos filhos.

**REFUSAL OF TREATMENT BY CHILDREN AND ADOLESCENTS: AN  
ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE MATURE MINOR DOCTRINE  
AND THE PRINCIPLE OF PROGRESSIVE AUTONOMY**

**ABSTRACT**

This article has as its theme the refusal of treatment by children and adolescents. The main objective of this study is to analyze the mature minor doctrine and the principle of progressive autonomy seeking to verify if there is the possibility of refusal of treatment by children or adolescents who are terminally ill without prospect of cure, by applying these precepts in Brazilian law as a way to enable the exercise of autonomy of these individuals on existential issues. The article is given through a bibliographical review of books, theses and articles, both international and national, focused on the theme. These materials were analyzed using the descriptive and analytical method. The article does not intend to exhaust the discussion, nor to present simple solutions to an evidently complex matter, but only to broaden the research on the subject and to elucidate the discussion with the formulation of some hypotheses of paths to be followed.

**KEYWORDS:** Mature minor doctrine; decision making ability; dignified death; children and adolescents.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. 96 p.

DIAS, R. **O direito fundamental a uma morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 239 p.

ENUNCIADO nº 533 do CJF, da VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>. Acesso em: 15 nov. 2020.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p X.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil, volume 1**: parte geral. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JACOB, M. S. **El menor maduro**. 2005. Disponível em: [http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

MORAES, Reinaldo Santos de. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes a vida e a saúde**: uma apreciação da situação brasileira. Orientadora: Monica Aguiar. 2011. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10774/1/RMoraes%20seg.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **A autonomia progressiva dos adolescentes**. GenJuridico. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/26/a-autonomia-progressiva-dos-adolescentes/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SÁ, M.F. F.; SILLMANN, M.C.M. A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v.1, n.2, p.70-89, jul. 2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322598918\\_A\\_RECUSA\\_DE\\_TRATAMENTO\\_MEDICO\\_POR\\_CRIANCAS\\_E\\_ADOLESCENTES\\_UMA\\_ANALISE\\_A\\_PARTIR\\_DA\\_COMPETENCIA\\_DE\\_GILLICK](https://www.researchgate.net/publication/322598918_A_RECUSA_DE_TRATAMENTO_MEDICO_POR_CRIANCAS_E_ADOLESCENTES_UMA_ANALISE_A_PARTIR_DA_COMPETENCIA_DE_GILLICK). Acesso em: 15 nov. 2020.

SÁ, M. F.F. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p X. 163.

SILLMANN, M.C. M. **Recusa de tratamento médico por crianças e por adolescentes**. Orientadora: Maria de Fatima Freire de Sa. 2017. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 934.

VIERA, M. M.; SILLMANN, M. C. M. Autonomia progressiva e exercício dos direitos da personalidade: reflexões sobre os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU, 5, 2016, Montevidéo. **Anais Direito Civil Contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 118-137. Disponível em:

<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/9105o6b2/ujz5v2j4/l28C9VmQYuaG3ULX.pdf>  
. Acesso em: 15 nov. 2020.

## A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO *NON OLET* E SEUS IMPACTOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Giovanna de Paula Mutti Fernandes <sup>1</sup>  
Gersonni Mutti Fernandes <sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho busca discorrer sobre a aplicação prática do Princípio da Pecúnia *Non Olet* pela perspectiva do Fato Gerador e sua relevância para o Sistema Tributário Nacional, através da análise doutrinária, a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, outros dispositivos legais e a jurisprudência. Análise realizada através da compreensão do Direito Tributário, com foco na arrecadação do Estado em face dos princípios norteadores, em especial os Princípios da Capacidade Contributiva, da Isonomia; compreendendo a obrigação referente ao tributo e a possibilidade da tributação de atos ilícitos em face do fato gerador pela ótica objetiva, diferenciando-o da hipótese de incidência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da Pecúnia *Non Olet*. Tributo. Direito Tributário. Fato Gerador.

O presente trabalho vai abordar a relevância e os impactos do Princípio da Pecúnia *Non Olet* no Direito Tributário Nacional, discutindo sobre a interpretação e aplicabilidade dos Princípios Norteadores do Direito Tributário e da perspectiva objetiva do Fato Gerador para a cobrança de tributo oriundo de atos ilícitos, a partir da ótica doutrinária, da norma expressa e dos entendimentos jurisprudenciais.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora, e em Ciências Econômicas pela UFJF. E mail: gimuttijf@gmail.com

<sup>2</sup> Pós graduado em Direito Público e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. E mail: gigmutti@gmail.com

A doutrina se divide entre duas possíveis compreensões do respectivo princípio, parte dos autores entendem que o Estado, ao tributar rendimento em que a origem seja de ato ilícito, validará sua ilicitude, como se esta não significasse algo.

Em contrapartida, alguns autores aceitam a interpretação do “*non olet*”, ou seja, “o dinheiro não cheira” e, portanto, não significa nada sua origem ilícita.

O objetivo do trabalho foi interpretar o Princípio da Pecúnia *Non Olet*, compreendendo o que significa fato gerador para o legislador, sua diferença para a hipótese de incidência, e como este tem papel relevante para a tributação de atos ilícitos para assegurar a isonomia no Sistema Tributário Nacional, tendo como objetivo específico avaliar a relevância deste princípio para a arrecadação do Estado e sua aplicação prática sob a análise da jurisprudência.

O trabalho foi realizado de forma investigativa, através da pesquisa de fontes doutrinárias, análise dos dispositivos legais pertinentes a matéria e do entendimento jurisprudencial.

O primeiro capítulo faz uma breve introdução ao Direito Tributário que tem por principal objeto o tributo, regulamentando a relação jurídico-tributária entre o cidadão contribuinte e o Estado. Como ramo do Direito Público, o estudo do tributo tem no seu sujeito ativo os entes federados e no polo passivo o contribuinte. O Sistema Tributário Nacional é responsável pela regulamentação de normas que versam sobre a tributação, visando a eficiência da contribuição, destinação da verba arrecadada e o equilíbrio econômico. A possibilidade de arrecadação está vinculada ao surgimento do tributo, e para isso é preciso analisar o fato gerador e sua previsão legal.

No segundo capítulo, para interpretar a norma, foi feita uma breve exposição dos Princípios Norteadores do Direito Tributário, considerando os fatores que delimitam a atuação do estado, geram obrigações e deveres ao contribuinte. O estudo ainda ressaltou a importância dos princípios da Isonomia e da Igualdade Tributária e 5 da Capacidade Contributiva para a análise do fato gerador e aplicação do Princípio da Pecúnia *Non Olet*.

No último capítulo o foco do estudo foi o Princípio do Pecúnia *non olet*, nesta seção foi realizado um contexto histórico sobre o princípio, sua origem no ordenamento jurídico com base na interpretação normativa, a relevância da análise

objetiva do fato gerador com intenção de que se faça prevalecer a Isonomia, sua aplicação prática com base na jurisprudência.

## **1 DIREITO TRIBUTÁRIO**

O Direito Tributário é um ramo do Direito Público que regulamenta a relação jurídica entre o cidadão contribuinte e o Estado arrecadador, conforme explica Sabbag (2021), trata-se da regulamentação da relação obrigacional de crédito e débito entre os envolvidos, denominados contribuinte e fisco.

Sintetizando as palavras de Alexandre (2018), para entender o que de fato caracteriza o Direito Tributário como um ramo do Direito Público, é preciso compreender que o Direito Privado, preocupa-se com a relação entre o interesse das partes envolvidas, ainda que existam normas cogentes, enquanto o Direito Público tem como primazia a proteção do interesse público e sua indisponibilidade em detrimentos dos particulares.

O vínculo jurídico criado entre o Estado e os entes federados para com os cidadãos, necessitava de uma legislação para impor limites à atuação do Estado e deveres para os contribuintes. Anterior ao surgimento da matéria específica do direito tributário, este tratava-se de um ramo do direito administrativo relacionado as finanças (SABBAG, 2021).

Embora o tributo, em si, seja figura conhecida pela experiência ocidental há muitos séculos, só no século XX seu estudo ganhou uma disciplina abrangente, coordenada e com a formulação de princípios e conceitos básicos que o separam da ciência das finanças, do direito financeiro e do direito administrativo (GRECO, 2000 apud PAULSEN, 2020, p.36).

No Brasil, conforme Paulsen (2020), o Direito Tributário ganha forma com a Emenda Constitucional 18/1965, alterando o texto da Constituição Federal de 1946, para dispor sobre o Sistema Tributário Nacional. Posteriormente, em 1966, entrou em vigor o Código Tributário Nacional - CTN, com o intento de regulamentar as relações jurídicas de natureza tributária.

### **1.1 Sistema Tributário Nacional**

O Sistema Tributário Nacional presente no texto da Emenda Constitucional 18 de 1965, nas palavras de Schoueri (2021), deverá ter algumas características para que seja considerado bom, como a busca pela eficiência econômica, ser flexível, uma administração não custosa, ser transparente e equitativo. Na visão do autor, o objetivo do Estado deve ser de buscar o equilíbrio entre a manutenção contas públicas e o respeito a capacidade contributiva dos cidadãos de forma isonômica.

Caparroz (2020) explica que foi a Constituição a primeira trazer previsões sobre competência, limites e amparo legal sobre o tema, mas considerando que a matéria não poderia se esgotar no texto constitucional, a Carta Magna de 1988 em seu artigo 146 trouxe a previsão de que o tema fosse tratado por lei complementar. Ainda conforme o autor:

Podemos afirmar que a Constituição inicialmente distribuiu competências tributárias aos entes políticos e, ao mesmo tempo, estabeleceu a premissa de que a lei complementar será utilizada para dispor sobre as consequências do exercício de tais atribuições. (CAPARROZ, 2020, p. 228)

Apesar da Constituição ter tratado o tema no Título VI, a partir do artigo 145 até o 162, existem diversas normas de natureza tributária espalhadas pelo ordenamento jurídico, além de regulamentações, Instruções Normativas e vasta jurisprudência. Entretanto, as normas gerais, especialmente aquelas relativas as competências, princípios gerais e limitações, ficaram a cargo da Constituição e do próprio CTN.

### **1.1.1 Tributação**

A matéria de Direito Tributário tem como objeto de estudo o tributo, sendo considerado o elemento necessário para a análise jurídica, o que, nas palavras de Caparroz (2020) significam “onde houver tributo, haverá direito tributário”. Tamanha é a importância do tributo para o Direito Tributário que não se restringe a doutrina sua definição, mas sim ao texto do Artigo 3º do Código Tributário Nacional:

Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 1966)

Dessa maneira, o ordenamento jurídico prevê que tributo é a quantia a ser paga de acordo com a previsão da cobrança na legislação, que não tenha o intento de servir como multa ou penalizar o contribuinte. Para tanto, conforme apresentado, o Direito Tributário tem o objetivo de regulamentar a relação jurídica entre o contribuinte e o fisco, o tributo é, então, a obrigação veiculada ao negócio jurídico. (SABBAG, 2020).

O termo “prestação pecuniária” associado a definição de tributo é o entendimento da obrigação de prestar, oferecer a pecúnia, ou seja, o dinheiro ao ente a quem compete o recebimento de determinada tributação, de tal forma que a expressão invalidaria a cobrança da prestação in labore (em troca de trabalho) ou prestação in natura (em troca de bens). Somente em 2001, com a Lei Complementar 104/2001, alterando o Código Tributário Nacional de 1966 que o pagamento com bens imóveis passou a ser aceito. (SABBAG, 2020)

No entanto, Alexandre (2018) afirma que alguns autores compreendem o texto do artigo 3º do CTN, que o tributo não constitui o pagamento somente em moeda, mas sim em qualquer objeto que se possa valorar, o que validaria o pagamento do tributo de outras maneiras como pagamento em bens imóveis ou através de serviços, o que faz com que a Lei Complementar 104/2001 apenas isso e não um contraponto a definição prevista na legislação.

Dentro do ato de tributação, Sabbag (2020) discorre sobre situações previstas na lei, para os casos em que não existirá a cobrança de um determinado tributo, ou que isentem a pessoa física ou jurídica do pagamento deste, chamamos de imunidade tributária, prevista em norma e por ensejo do legislador. Outra forma que atribui o não pagamento de um tributo é a Isenção Fiscal, este trata-se de uma espécie de favor legal, como define Sabbag (2020) “a autoridade legislativa impede que o sujeito passivo da obrigação tributária se sujeite ao tributo”.

No conceito das Imunidades Tributárias, são considerados alguns modelos abordados pela Constituição Federal, como a Imunidade Recíproca, tratada no texto

do artigo 150, VI da Constituição Federal, que, segundo Alexandre (2018) é a forma legal de prevenir que de não tenha a tributação entre os entes federados. Outras imunidades são conferidas de maneira em que o legislador teve por intenção prestigiar valores constitucionais, como retrata Sabbag (2020), sendo eles a Imunidade de Imprensa, Imunidade Religiosa, Imunidade aos Partidos Políticos e Entidades Sindicais.

### **1.1.2 Efeitos da arrecadação do Estado**

Previsto no texto da Constituição Federal, todo tributo deverá ser criado por Lei ordinária ou complementar, ou ato normativo em que, sintetizando as palavras de Alexandre (2018), o povo tenha conhecimento daquilo que será cobrado. Deste modo, a Constituição Federal define os entes de Direito Público que podem criar ou cobrar tributos e o que lhes competem.

O Estado, na relação jurídico-tributária, está na posição de sujeito ativo no direito de exigir o adimplemento e que receberá o tributo do contribuinte, sujeito passivo. A relação entre Estado-Contribuinte, nos termos jurídicos e tratando-se de tributação está associada a crédito e débito, existindo assim um credor (Estado) e um devedor (contribuinte). O artigo 119 do Código Tributário Nacional traz em seu texto a afirmação de que o sujeito ativo da obrigação tributária é Pessoa Jurídica de Direito Público. (ALEXANDRE, 2018)

Ao discorrer sobre a arrecadação do estado Alexandre (2018) a divide em duas possibilidades, seja vinculada, de maneira que seja utilizada em despesas específicas, como exemplo os empréstimos compulsórios, ou seja não vinculada, em que o valor arrecadado é cabível a qualquer despesa orçamentária, oriundo dos Impostos. A arrecadação deverá ter retorno, destinação legal para órgãos públicos e, portanto, o autor diz:

Seria injusto o Estado cobrar impostos de toda a coletividade e utilizar o produto da arrecadação para a realização de obras que trouxessem como resultado um aumento patrimonial de um grupo limitado de pessoas, sem que esse enriquecimento seja produto do trabalho ou do capital pertencente aos beneficiários. (ALEXANDRE, 2018, p.81)

A arrecadação tem importante função social, já que o Estado tem como objetivo constitucional, “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, previstos no artigo 3º da Lei Maior, assegurando a livre iniciativa e a proteção do trabalho, dentre outros preceitos fundamentais.

### **1.1.3 Fato Gerador e Hipótese de Incidência**

Para adentrar a importância do Fato gerador, a doutrina traz como acontecimento cotidiano, que deverá se enquadrar em uma determinada hipótese prevista na legislação, em que será cabível ou não a cobrança de um determinado tributo. Tamanha necessidade da observação do fato gerador, Alexandre (2018) assim discorre:

O estudo do fato gerador é o ponto central da teoria do Direito Tributário. A imensa maioria das lides tributárias tem como pano de fundo a discussão sobre a ocorrência ou não do fato gerador e, portanto, a incidência ou não de determinado tributo. (ALEXANDRE, 2018, p.338)

O Código Tributário Nacional traz em seu artigo 4º, a importância da análise do fato gerador para a determinação da natureza jurídica de um tributo, e no artigo 113, §1º, que dado o momento da ocorrência do fato gerador surge a obrigação principal. Hipótese de incidência, por outro lado, está relacionada a previsão abstrata do que seria o fato gerador prevista em lei e, portanto, “fato é o que ocorre no mundo, tipo é a previsão abstrata em lei” (ALEXANDRE, 2018, p. 338).

Schoueri (2021) explica que para o fato gerador configurar uma obrigação deverá ser feita pelos campos concreto e abstrato de análise, em que um seja o fato jurídico e o outro a hipótese prevista em lei. No campo das hipóteses previstas em lei, o artigo 3º do CTN, traz que o fato gerador deverá ser um ato lícito, analisando a natureza objetiva e subjetiva da ocorrência e com isso, faz uma análise subjetiva do fato e, com isso, Sabbag (2020) explica que observação deixa de ser do fato em si, mas de todos os elementos que o compõem e fazem parte deste, diferentemente da objetiva, que se orienta somente pelo fato em si.

## 2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

As Fontes do Direito Tributário são tratadas por Schoueri (2021) como uma introdução ao direito propriamente dito, configurando-se como base para as outras normas e legislação posterior, nas palavras de Caparroz:

Podemos dizer que as fontes formais do direito correspondem aos instrumentos aptos à efetiva introdução de normas, a partir de arquétipos autorizados pela Constituição e de acordo com os vários níveis legislativos: nacional, federal, estadual e municipal. (CAPARROZ, 2020, p.170)

A definição de princípios na visão de Padilha:

Os princípios são multifuncionais, ou seja, servem para produzir, interpretar e aplicar leis extraídas de enunciados jurídicos de alto grau de abstração e generalidade, prescrevendo um valor fundamental, e não uma situação de fato. (PADILHA, 2020, p. 102)

Neste sentido, a compreensão dos princípios norteadores do Direito Tributário se torna base para interpretação de normas em abstrato que não possuem previsão expressa em lei, direcionando assim as ações dos partícipes da relação jurídico-tributária.

Dentre os princípios norteadores do Direito Tributário podemos citar o Princípio da não Surpresa ou da Anterioridade Tributária, o Princípio da Irretroatividade Tributária e o Princípio da Legalidade, regras norteadoras à ação do Estado, com ênfase na elaboração e aplicação das normas.

No entanto, para compreensão do Princípio *non olet* serão abordados os princípios que norteiam sua aplicação.

### 2.1 Princípio da vedação ao confisco e não cumulatividade

A Constituição Federal, no texto do artigo 150, IV, discorre que não deverá ser admitido imposto de forma que resulte em confisco, isso porque tributo, como

caracterizado anteriormente não deverá representar uma sanção, nem afetar a qualidade de vida do contribuinte e de sua família.

O tributo com efeito de confiscos supõe previamente a tributação em excesso, exacerbada ou escorchante. Por outro lado, a exação que se atém aos limites da capacidade contributiva do cidadão mantém-se na ideal zona intermediária entre o confisco e o mínimo razoável na tributação. (SABBAG, 2021, p. 15)

Tal princípio está atrelado a definição de tributo expressa no Artigo 3º do Código Tributário Nacional como tratado anteriormente, com a intenção de não se fazer valer como multa ou penalidade ao contribuinte e, portanto, deverá respeitar a capacidade contributiva deste, limitando a atuação do fisco.

## **2.2 Princípio da capacidade contributiva**

A capacidade contributiva é abordada no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, e aborda a necessidade de resguardar o contribuinte de acordo com a capacidade econômica dele, sem haver prejuízo de sua qualidade de vida e de sua família.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 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 (BRASIL, 1988)

A capacidade contributiva trata diretamente das relações jurídicas em forma de torná-la igualitária, sem prejudicar o sustento do contribuinte, resguardando cada cidadão de maneira individual.

Decorre desse princípio, basicamente que o Estado deve exigir das pessoas que contribuíam para as despesas públicas na medida da sua capacidade econômica, de modo que os mais ricos contribuam progressivamente mais em comparação aos menos providos de riqueza. (PALSEN, 2020, p. 76)

O Princípio da Capacidade Contributiva busca uma “justiça fiscal” e com isso respeitar e valorizar a dignidade humana através da “justiça distributiva”. A doutrina prevê a distinção entre os conceitos de capacidade contributiva e a capacidade econômica de cada cidadão, apresentando a distinção como a forma de trazer justiça fiscal e distributiva ao confisco e diferencia os termos em que um seria a disponibilidade de arcar com a prestação pecuniária e o outro é a renda do contribuinte para sanar todas as suas necessidades. (CARNEIRO, 2020)

A doutrina se preocupa em diferenciar a capacidade contributiva da capacidade econômica do contribuinte, e com isso, resumindo Alexandre (2018) a diferença está em que um seja a quantia disposta pelo sujeito passivo sem prejudicar seu sustento em detrimento de sua capacidade econômica.

### **2.3 Princípio da igualdade ou isonomia tributária**

O Princípio da Isonomia Tributária está previsto no artigo 150, II, da Constituição Federal em que o legislador se preocupa em vedar o tratamento diferente entre contribuintes que estejam em situação equivalente.

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (...) II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Para Alexandre (2018), a isonomia tributária também pode ser descrita como o tratamento desigual entre sujeitos passivos que estejam em situações de desigualdade, ou seja, a capacidade contributiva de um poderá ser maior que a capacidade contributiva de outro. Com isso, é observada a influência do Princípio da Igualdade Tributária nas noções e restrições impostas pelo Princípio da Capacidade Contributiva.

O Princípio da Igualdade é, conforme aponta Paulsen (2020) um princípio geral que participa em diversas matérias de estudo do Direito e versa sobre a igualdade

perante a lei e na lei, diferenciando os termos sobre todos os cidadãos estarem em conformidade com a lei e de todos terem um tratamento igualitário.

[...] com a República, desaparecem os privilégios tributários de indivíduos, de classes ou de segmentos da sociedade. Todos devem ser alcançados pela tributação. Esta assertiva há de ser bem entendida. Significa não que todos devem ser submetidos a todas as leis tributárias, podendo ser gravados podendo ser gravados com todos os tributos, mas, sim, que todos os que realizam a situação de fato a que a lei vincula o dever de pagar um dado tributo estão obrigados, sem discriminação arbitrária alguma, a fazê-lo. (CARRAZZA, 2017 apud PAULSEN, 2020, p. 87)

Schoueri (2021) fala sobre a igualdade relativa em sua obra, como observação subjetiva do que significa ser igual ou estar em situação igual e, portanto, descreve três passos para que se compreenda o que significa ser igual, primeiramente encontrando-se um critério e posteriormente a fundamentação legal para apenas posteriormente fazer a análise da situação de igualdade ou não. Desta forma, comprar os contribuintes em respeito a sua igualdade, tratando-os de maneira isonômica de acordo com a sua capacidade contributiva é preservar a dignidade humana.

### 3 O PRINCÍPIO PECÚNIA NON OLET

O Princípio Pecúnia *Non Olet* tem por significado a expressão “o dinheiro não cheira”. Carneiro (2020) relata que no período do Império Romano, o Imperador Vespasiano e seu filho, Tito, dialogavam sobre a cobrança dos banheiros públicos e sobre a moralidade envolta no ato, quando o pai explicou que o dinheiro não fedia nem cheirava e deste modo, o que importava era o tributo, não o ato que o originava.

Para Sabbag (2021) o Princípio Pecúnia *Non Olet* recebe o nome Princípio da Interpretação Objetiva do Fato Gerador, onde o que deverá ser analisado pelo fisco é o ato que gerou o tributo em uma análise objetiva, sem se importar com os aspectos subjetivos. A interpretação dada pelo autor explica a razão base da discussão entre o Imperador e seu filho. Ainda segundo o autor:

Dessa maneira, não se analisa a nulidade/anulabilidade do ato jurídico, a incapacidade civil do sujeito passivo ou a ilicitude do ato que gera o fato presuntivo de riqueza tributável. Predomina, sim, em caráter exclusivo, a investigação do aspecto objetivo do fato gerador. (SABBAG, 2021, p.12)

Dizer que se trata de uma interpretação objetiva do Fato Gerador, é compreender que os fatos que levaram a ele, sejam eles ilícitos ou não, não devem ser relevantes para considerar a geração do tributo. Se houver a tributação de rendimentos que tenham sido de alguma maneira ligados a atividade criminal, tipificada no Código Penal, o que o originou é subjetivo e isso pouco importa para o fisco, pois o dinheiro “não cheira”. (ALEXANDRE, 2018)

Existindo o fato gerador e prevista a hipótese de incidência em lei, se tem a formação do negócio jurídico vinculado ao tributo entre contribuinte e fisco, gerando a obrigação tributária. No Código Tributário Nacional estão presentes os fatores que caracterizam o tributo, vedado que este constitua sanção de ato ilícito, o que declinaria a hipótese de não se considerar os fatores subjetivos do Fato Gerador.

### **3.1 A relevância do princípio da pecunia *non olet* e a tributação dos atos ilícitos**

A previsão de tributação dos atos ilícitos encontra amparo no artigo 26 da Lei 4.506/64, que versa sobre o Imposto de Renda, além do citado princípio. Trata-se de relevante medida estatal para assegurar o tratamento isonômico entre os contribuintes, haja vista que nas palavras do ilustre autor “É corrente o entendimento de que o resultado econômico do ato ilícito não pode ficar livre de tributação.” (SCHOUERI, 2021, p. 88)

Art. 26 – Os rendimentos derivados de atividades ou transações ilícitas ou percebidas, ou percebidos com infração à lei são sujeitos a tributação sem prejuízo das sanções que couberem. (BRASIL, 1966)

Com a determinada previsão há a aplicação do Princípio da Pecúnia *Non Olet*, pois não se consideram de que forma foi adquirido o dinheiro utilizado para a arrecadação do Imposto de Renda. Alexandre (2018) compreende que o que importa para a relação jurídico-tributária neste caso é a disponibilidade do rendimento e não sua procedência.

A disponibilidade do rendimento do contribuinte está relacionada a sua capacidade econômica e contributiva, em que, conforme o autor, com o aumento do patrimônio do contribuinte, maiores serão seus rendimentos pela manifestação de riqueza.

A possibilidade de tributação de atos ilícitos também possui previsão no Código Tributário Nacional, no artigo 118, ao definir Fato Gerador pela análise objetiva:

Art. 118 – A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I – Da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II – Dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Interpretando o artigo 118 é possível observar que não ocorre a tributação como forma de sanção, mas sim a interpretação da norma em consideração ao Princípio da Pecúnia *Non Olet*, ignorando a validade jurídica dos atos tributados. Não se aprova, nem pune o ato ilícito que o resultou, apenas cobra o tributo gerado, conforme afirma o autor “[...] seria injusto cobrar imposto daquele que trabalha honestamente e conceder uma verdadeira “imunidade” ao criminoso.” (ALEXANDRE, 2018, p.48)

### **3.2 Aplicação prática e posições jurisprudenciais**

A aplicação do princípio incide sobre o resultado de determinados atos ilícitos, considerando o fato gerador destes que possam incidir em tributação. Nas palavras do autor “ato ilícito, como tal, não é fato gerador de tributo, mas suporte fático de sanção” (AMARO, 2021, p.120). Nas palavras do ilustre autor Cavalieri Filho (2000, p. 22) “o ato ilícito é o ato voluntário e consciente do ser humano, que transgredir um dever jurídico”.

Com isso, a cobrança do tributo não se dá para gerar uma sanção ou punição ao contribuinte (artigo 3º, CTN) que praticou ato ilícito, mas para não permitir que se deixe de cobrar o fato gerador que criou a relação jurídico-tributária.

É corrente o entendimento de que o resultado econômico do ato ilícito não pode ficar livre de tributação. Sustenta-se que a tributação incidirá em virtude de uma riqueza presente, não por conta da ilicitude, em si. O raciocínio é simples: a conduta ilícita, em si, gerará as sanções previstas no ordenamento. O tributo não terá por hipótese a própria conduta ilícita. Ocorre que esta conduta poderá implicar um efeito econômico e este (não a conduta que lhe deu origem) será alcançado pela lei tributária. (SCHOUERI, 2021, p. 88)

Com a intenção de garantir a aplicação do Princípio da Isonomia, o Superior Tribunal Federal tem firmado entendimento pela adoção do Princípio da Pecúnia Non Olet em suas decisões, senão vejamos:

O fato de a referida quantia ter sido declarada junto à Receita Federal não permite afastar, de plano, o caráter ilícito do recebimento da referida quantia. Isso porque, em primeiro lugar, o direito tributário brasileiro adota a cláusula "pecunia non olet" ou "non olet", razão pela qual admite-se a tributação de valores recebidos pelo contribuinte, ainda que de forma ilegal (STF HC 160504/ES, Julgamento: 22/08/2018)

Da mesma maneira, o Ministro Marco Aurélio proferiu decisão em Recurso Extraordinário, considerando os efeitos da definição de fato gerador trazido pelo artigo 118 do Código Tributário Nacional:

De acordo com o art. 118 do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (princípio pecunia non olet). O § 4º do art. 2º da Lei 7.713/88 e o art. 26 da Lei nº 4506/64 são elucidativos nesse sentido. (STF RE 1271076/RS, Julgamento 09/06/2020)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem decidindo com fulcro no artigo 118, CTN:

É que, em virtude da cláusula tributária pecunia non olet, prevista no art. 118 do CTN, a definição legal do fato gerador deve ser interpretada abstraindo-se a validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros. Acerca do referido princípio, ensina a doutrina de Ricardo Alexandre: O Código Tributário Nacional prevê que a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, em como a natureza de seu objeto ou efeitos ou dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos (CTN, art. 118). Assim, por exemplo, os requisitos para que se considere válido um negócio jurídico sob a ótica do direito civil (agente capaz;

objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei - CC, art. 104) são irrelevantes para se interpretar a definição legal de fato gerador. (in ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado - 10. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. P. 252) (TJMG AI 1.0000.19.021172-2/001, Julgamento 29/08/2019)

Portanto, o Ordenamento Jurídico Brasileiro compreende em sua jurisprudência que tributar os rendimentos oriundos de ato ilícito não significa a concordância com o crime em questão, mas sim o uso do Princípio da Pecúnia non olet como instrumento para que se alcance o Princípio da Isonomia. Desta forma, a tributação se desvincula dos meios que levaram ao fato gerador para observar somente o objeto, o dinheiro que gerou o tributo.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico brasileiro adota à interpretação objetiva do fato gerador, pela qual compreende que os aspectos subjetivos, ou seja, a origem do dinheiro pouco importa. A partir disso, é possível concluir que o Princípio Pecúnia Non Olet é relevante para o Sistema Tributário Nacional, seja pela interpretação do artigo 118 do CTN, quanto pelo entendimento jurisprudencial majoritário.

O Sistema Tributário Nacional é constituído por normas que regulamentam a tributação e, para isso, o legislador se preocupou em utilizar os Princípios Norteadores do Direito Tributário para expressá-las, de forma que sejam respeitados os limites do poder de tributar pelo Estado, para que além do tributo, seja garantida a dignidade do cidadão, tornando a relação jurídica linear entre Estado e Contribuinte.

A arrecadação de tributos é a principal fonte de renda do Estado, seja para custeio da máquina estatal, quanto para fomentar obras de infraestrutura, educação, saúde, previdência, entre outros. Tendo papel indispensável para exercer sua função social, desde que respeitados os limites previstos na legislação vigente para assegurar a redução das desigualdades e a livre iniciativa.

No artigo 3º do CTN, observa-se que não deverá o tributo atuar como sanção de ato ilícito, ou seja, não se deverá utilizar o tributo como forma de penalizar o

cidadão pelo crime cometido, o tributo somente será cobrado em razão dos rendimentos auferidos em razão do ato ilícito.

A doutrina, ao interpretar a norma, concebeu a diferença entre o fato gerador e a hipótese de incidência, no qual um é o ato cotidiano que gera a obrigação e o outro a previsão legal deste. Portanto, o negócio jurídico que gera rendimentos deverá ser tratado como matéria tributável conforme dispositivo legal, tal como o Imposto de Renda, sendo o fato gerador o rendimento e a hipótese de incidência a norma.

Feita a caracterização do que representa o fato gerador, o Código Tributário Nacional prevê a análise deste conforme a ótica objetiva (artigo 118, CTN) e por consequência, o que ocasionou os rendimentos tributáveis não importam para o fisco. Com isso, para sanção do ato ilícito cometido pelo contribuinte deverá ser utilizada a norma do Código Penal que lhe compete e, concomitante, deverá ser cobrado o tributo pelo rendimento gerado.

Ainda que parte da doutrina seja contrária a cobrança de tributos de fontes originadas de atos ilícitos, analisando o objeto de estudo, revela-se razoável a 23 aplicação do Princípio da Pecúnia Non Olet, considerando que deixar de tributá-lo seria uma afronta ao Princípio da Isonomia, entendimento esse acompanhado pela jurisprudência.

Portanto, com o intento de resguardar a isonomia entre cidadãos contribuintes em situação de equivalência deverá se aplicar o Princípio da Pecúnia Non Olet e deixar de relevar as situações subjetivas que originaram o rendimento, pois, havendo o mesmo, deverá haver o tributo.

## **THE RELEVANCE OF THE NON OLET PRINCIPLE AND IT'S IMPACTS ON NATIONAL TAX LAW**

### **ABSTRACT**

This paper seeks to discuss the practical application of the Principle of Non Olet Pecunia from the perspective of the Triggering Fact and its relevance to the National Tax System, through doctrinal analysis, the Federal Constitution, the National Tax Code, other legal provisions and jurisprudence. Analysis carried out through the understanding of Tax Law, focusing on the State's collection in the face of the guiding

principles, in particular the Principles of Contribution Capacity, of Isonomy; understanding the obligation related to the tax and the possibility of taxation of unlawful acts in view of the taxable event from an objective perspective, differentiating it from the incidence hypothesis.

**KEYWORDS:** Principle of Pecunia non olet. Tribute. Tax law. Fact Generator.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: 2021.

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

BRASIL. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 160504/ES. Impetrante: Marco Antônio de Gama Barreto e outros. Paciente: Valci José Ferreira de Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Diário**

**da Justiça**. Brasília, DF. 22 de agosto de 2018. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>; Acesso em 13 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1271076/RS.

Recorrente: Nilmar Luiz Tomasi. Recorrido: União. Relator: Ministro Marco Aurélio.

**Diário da Justiça**. Brasília, DF. 09 de junho de 2020. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>; Acesso em 13 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.19.021172-2/001. Data da publicação 29 de agosto de 2019. Disponível em <[www5.tjmg.jus.br](http://www5.tjmg.jus.br) >; Acesso em 13 de maio de 2021.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquemático**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Método, 2021.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 10. ed. São P

## **A TECNOLOGIA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DO TRABALHO E OS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO PARA ASSEGURAR O TRABALHO DECENTE**

**Fernanda Barcellos Mathiasi<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Analisar as transformações do trabalho, buscando identificar o que é convencionalmente compreendido como um "bom trabalho", um "trabalho ruim" ou um "trabalho precário" é fundamental para a regulamentação e proposição de direitos que garantam cada vez mais uma vida digna, numa perspectiva de direitos humanos do trabalho e conseqüentemente a valorização do "trabalho decente", conceito da Organização Internacional do Trabalho. A pergunta central da pesquisa é: como os direitos humanos do trabalho podem garantir um "trabalho decente" em um mundo de tecnologia? Para isso faremos num primeiro momento uma reconstrução histórica dos direitos humanos até a ideia dos direitos humanos do trabalho, englobando o "trabalho decente" e suas características. Num segundo momento, uma construção bibliográfica dialogando com os conceitos de trabalho "bom", "ruim" e "decente", fazendo um contraponto ao "trabalho precário" (forma de atividade remunerada com piores condições para o trabalhador), para assim finalizar, sustentando a tese central de que a regulamentação dos direitos humanos do trabalho, dentro de uma sociedade globalizada, é um instrumento para alcançar uma sociedade mais justa através do "trabalho decente", afastando os impactos ruins da tecnologia que muitas vezes gera o "trabalho precário". O objetivo deste artigo científico é uma discussão teórico-bibliográfica de autores nacionais e internacionais que definem socio-juridicamente

---

<sup>1</sup> Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Autônoma de Sinaloa, México, desde janeiro de 2021 e Universidade Federal de Juiz de Fora pela modalidade de Cotutela. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil, desde janeiro de 2017. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016), Brasil. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2014), Brasil. Advogada desde abril de 2014. Graduanda em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil. E-mail: [fernandabarcellosmathiasi@gmail.com](mailto:fernandabarcellosmathiasi@gmail.com)

os atributos do trabalho na sociedade contemporânea, que tem a tecnologia, como um dos elementos fundamentais de transformações sofridas neste mercado nos últimos anos. Metodologicamente a pesquisa parte de um estudo bibliográfico, apresentando alguns dados qualitativos e quantitativos de relatórios da OIT, como forma de construir melhor o objeto e argumentação lançada a debate. Os resultados levam-nos a compreender que diante do desafio das transformações das relações de trabalho pela tecnologia, a regulamentação do direito do trabalho, afinada com os princípios da promoção dos direitos humanos do trabalho, numa perspectiva internacional, atentando-se para o “trabalho decente”, se apresenta como solução para a busca da justiça social, diminuição das desigualdades econômicas e sociais, além de proporcionar garantias mínimas aos trabalhadores.

**PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos do Trabalho. Trabalho Decente. Condições de Trabalho.**

## **INTRODUÇÃO**

Este *paper* surge da investigação doutoral da autora na temática das reformas trabalhistas no mundo e a precariedade no trabalho, principalmente impactando os salários, jornadas de trabalho e direitos sociais e trabalhistas do empregado num contexto social em que a tecnologia é um elemento cotidiano do mercado de trabalho.

Através de uma análise das bibliografias e documentos foi encontrado o Informe Mundial sobre Salários da OIT de 2017, atualizado a cada ano, de que no ano de 2017 houve uma diminuição nos salários em nível global, porém em contrapartida os países do G20 tiveram uma taxa de aumento salarial maior que nos últimos 10 anos (OIT, 2017). Como conclusão dos dados o relatório afirma que essa desigualdade salarial acontece por três fatores sociais: a pressão do mercado financeiro para transferir os lucros das empresas para investimentos e não para produção, a debilidade das instituições trabalhistas e a tecnologia dentro de um mercado globalizado (OIT, 2017).

Encontrar afirmação de que os problemas de desigualdade são fundamentados e sustentados pelos três fatores anteriores fez surgir a pergunta deste trabalho de investigação: como os direitos humanos do trabalho podem garantir um “trabalho decente” em um mundo de tecnologia? Os direitos humanos do trabalho como proposta de regulamentação e instituição trabalhista, é capaz de normatizar, regulamentar e fiscalizar o cumprimento em prol da diminuição da desigualdade no mercado de trabalho no mundo e da geração do trabalho decente (conceito da OIT), a partir do reconhecimento do contexto social da globalização e da tecnologia, transformando as características do trabalho.

Para isso há uma investigação bibliográfica para debater os conceitos de trabalho em suas características, como bom, ruim e precário em contraposição ao trabalho decente para logo reconhecer a importância das instituições laborais como a OIT, Justiça do trabalho, Ministérios do trabalho e fiscais, auditores, no papel de fazer cumprir e a regulamentação por intermédio da ideia de direitos humanos no trabalho como forma de garantir uma condição digna aos trabalhadores.

Portanto, será feita uma reconstrução histórica dos direitos humanos até a ideia dos direitos humanos do trabalho, englobando o “trabalho decente” e suas características segundo autores nacionais e internacionais, para finalizar com o conceito da OIT, que é aquele capaz de gerar possibilidade de emprego, que o emprego tenha um salário decente/remunerador/satisfatório, condições dignas de trabalho em jornada, higiene e saúde, férias, 13º e etc), seguro social, liberdade sindical e não discriminação, negociação coletiva e democracia sindical e econômica).

Há também em seguida uma construção bibliográfica dos conceitos de trabalho “bom”, “ruim” e “trabalho precário” (forma de atividade remunerada com piores condições para o trabalhador), aclarando a ideia de que tanto a tecnologia como a debilidade das instituições do trabalho podem dificultar ao trabalhador um acesso a uma vida digna laboral.

Como a proposta de trabalho é um debate teórico e propositivo de pensar as instituições do trabalho como guardião do “trabalho decente” no desenvolvimento de uma regulamentação, inclusive internacional, para fortalecer a ideia de que há características do trabalho que fazem parte de um escopo mínimo de proteção e

dignidade dentro dos direitos humanos, direitos humanos do trabalho, a pesquisa parte de um estudo bibliográfico, apresentando alguns dados do Informe Mundial de salários da OIT, como forma de construir melhor o objeto e justificar argumentação do debate.

Se conclui que que a regulamentação dos direitos do trabalho numa perspectiva de direitos humanos é um desafio global de fomento ao “trabalho decente” num contexto de globalização e tecnologia.

## 1 DIREITOS HUMANOS NO TRABALHO E O PAPEL DA OIT

No final do século XVIII, com as ideias da Revolução Francesa e o surgimento do pensamento jurídico-filosófico do *iusnaturalismo*, é reconhecido um rol de direitos denominado "Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos".<sup>2</sup> Há uma elucidação das categorias legais entendidas como fundamentais para o desenvolvimento humano. (GHAI, 2003; GIL 2017).

O advento dos pensamentos revolucionários de igualdade, liberdade e fraternidade foram as bases para as lutas por reconhecimentos de direitos dos séculos seguintes, com a formação da ideia de cidadania na evolução da demanda por direitos civis, políticos, sociais e coletivos (MARSHALL, 2001).

O reconhecimento e o avanços de demandas por mais direitos foi fundamental para a percepção de que independente de nacionalidade, idioma, cultura, religião, cor da pele, idade, etnia, estado civil, posição política, gênero, sexualidade, patrimônio, há um núcleo mínimo de direitos que devem ser promovidos e preservados pela comunidade internacional, que foi também regulamentado pelos Direitos Humanos (MONTEJO, 2006).

Os direitos trabalhistas surgindo de demandas sociais das greves e participações políticas (MARSHALL, 2001), positivados em diversas constituições ao redor do mundo no início do século XX como direitos mínimos dos cidadãos para

---

<sup>2 2</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Francia: Asamblea Nacional Francesa, Disponible en: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>>. Acceso em: (15/01/2020)

promoção e desenvolvimento da dignidade humana (MONTEJO, 2006), também foram base de apoio a compreensão e fortalecimento dos direitos humanos no trabalho.

Os direitos humanos no trabalho são aqueles princípios inerentes à condição do ser humano que lhe proporcionam condições de dignidade no trabalho (GIL; 2017) para o desenvolvimento coletivo rumo à redução da pobreza, moradia, alimentação, saúde, segurança e não discriminação, além da liberdade de pensamento, filiação e capacidade do indivíduo para crescer suas habilidades.

Há portanto um seleto grupo de direitos e princípios trabalhistas que devem ser observados por todos os países que são: 1) liberdade a proibição da escravidão e a proibição do trabalho forçado ou obrigatório; 2) o direito ao trabalho; 3) proteção contra o desemprego; 4) proteção contra despedir o trabalhador; 5) a proibição de discriminação no emprego e na ocupação; 6) igualdade de remuneração por trabalho; 7) a proibição de discriminação contra pessoas com deficiência; 8) direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias (a jornada de trabalho, a vida familiar, a saúde e segurança no trabalho, o direito a horário máximo de trabalho, descanso semanal pago, repouso pago e férias periódicas pagas); 9) o direito a uma remuneração mínima; 10) o direito à formação profissional; 11) o direito à informação e consulta no âmbito da empresa e em procedimentos de demissão; 12) o direito à proteção dos créditos, em caso de insolvência de seu empregador; 13) liberdade de associação; 14) o direito à proteção da representantes dos trabalhadores; 15) o direito à negociação coletiva; 16) o direito à greve; 17) o direito à previdência social (assistência social assistência médica, benefícios em dinheiro ou seguro de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos, benefícios para acidentes de trabalho e doenças associações profissionais, benefícios de maternidade, etc.); 18) proteção especial para menores, trabalhadoras, trabalhadoras migrantes e deficientes (MONTEJO, 2006).

São uma série de direitos trabalhistas consagrados em instrumentos nacionais e internacionais de direitos humanos que reconhecem universalmente o ser humano como objeto e titular destes direitos para alcançar a dignidade e desenvolvimento

pleno por satisfação das necessidades básicas no mercado de trabalho (MONTEJO, 2006).

A Organização Internacional do Trabalho criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes, tem um papel fundamental neste contexto internacional de luta e reconhecimento de direitos para criação e fiscalização de princípios e normas para a regulamentação do mercado de trabalho. A OIT já em sua constituição tem três objetivos principais: paz, justiça e competição econômica de forma equitativa (GIL, 2017).

Em 1998 a Organização Internacional do Trabalho, OIT, publicou seus princípios na "Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho", o papel dos direitos fundamentais do trabalhador<sup>3</sup>, posteriormente rebatizados por eles de condições dignas de trabalho, normas: os direitos de negociação coletiva e liberdade de associação, a rejeição ao trabalho forçado e ao trabalho infantil e, finalmente, a busca da não discriminação no emprego (SAMOVIA, 2014).

Dentro desta ideia de promoção de direitos e divulgação das condições de trabalho no mundo, a OIT anualmente divulga relatórios informando sobre questões centrais no mercado de trabalho e um deste é o "Informe Mundial sobre Salários" que em 2017 publicou que houve uma redução significativa no poder de compra ou valor de compra dos salários em nível mundial, entretanto nos países "desenvolvidos" do G20, por exemplo, os salários aumentaram de 0,2% em 2012 para 1,7% em 2015, com a maior taxa dos últimos 10 anos. No ano de 2015 nos Estados Unidos o crescimento real dos salários teve um aumento de 2,1%; 1,5% no Norte da Europa, e 1,9% nos países da União Européia (EUA). Mas por que esses resultados? De acordo com a OIT (2017),

Isto deve-se provavelmente a uma combinação de fatores, incluindo a globalização, competências tecnológicas, instituições do mercado de trabalho fracas

---

<sup>3</sup> "[...] os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto destas convenções, nomeadamente: (a) a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão. (OIT, 1998).

e uma pressão crescente dos mercados financeiros para transferir excedentes gerados por grandes empresas para investimento (OIT, 2017, p. 2).

Outra conclusão do Relatório Salarial Mundial Global de 2017 é que a estagnação dos salários devido à questão social, a diferenciação entre crescimento econômico e o não crescimento dos salários, implica uma insatisfação da sociedade, pois o trabalhador não percebe melhorias em sua vida e em sua família (OIT, 2017). Além disso, na questão econômica, não aumentar os salários significa que os trabalhadores consumirão menos, e que o crescimento econômico diminuirá (OIT, 2017).

O relatório conclui com sugestões de políticas públicas para tentar reduzir as diferenças salariais entre trabalhadores com diferentes funções, gênero, etnia e capacidade, mas acima de tudo a ideia é central para a importância da regulamentação estatal, além de os países também observarem as regulamentações e propostas feitas pela OIT sobre questões trabalhistas, redução da desigualdade e logo a promoção do trabalho decente.

### **1.1 Mas então que é um trabalho decente?**

#### **1.2**

Neste olhar para as mudanças das características do trabalho no mundo contemporâneo existem diversos autores e instituições que procuram tratar o tema com conceitos diferentes, como é o caso da categoria "Trabalho Decente" que foi desenvolvida pela Organização Internacional do Trabalho e tem como finalidade apresentar fatos sociais que devem ser o objetivo de cada Estado-nação para proporcionar um desenvolvimento econômico igual digno de condições de vida para os trabalhadores.

Quando a OIT estabelece o trabalho decente como um quadro jurídico fundamental, o reforço dos direitos humanos no trabalho (GHAI, 2003), seus princípios e normas a serem implementados pelos países, é mais uma das formas de alcançar a justiça social.

Um dos atributos de organizações internacionais como a OIT é a criação de normas que permitam o estabelecimento de condições mínimas de um nível de trabalho de qualidade, o que se reflete no conceito de "trabalho decente". Isto tem sido utilizado para definir o objetivo das normas e políticas públicas que devem ser seguidas pelos Estados nacionais.

Este conceito é suficiente para definir condições mínimas ou mais simples que todos os trabalhadores devem ter, incluindo aqueles que são informais, autônomos, assalariados ou temporários, em outras palavras, todos eles.

O conceito de trabalho decente baseia-se num conjunto de atributos que permitem identificar um nível mínimo de dignidade em termos de condições de trabalho. Há seis atributos de trabalho decente: (1) empregabilidade; (2) emprego remunerado; (3) condições de trabalho (remuneração, horário de trabalho, férias, saúde e segurança, etc.); (4) segurança social; (5) direitos humanos (liberdade e democracia dos sindicatos, não discriminação); (6) diálogo social (negociação coletiva, democracia econômica) (GHAJ, 2003).

Preocupados em determinar critérios mais objetivos para a identificação empírica de condições de trabalho decente, Anker et al (2003) consideram que os pontos da busca por trabalho decente podem ser mais claramente definidos nos seis pontos: a) oportunidades de trabalho; b) trabalho em condições de liberdade; c) trabalho produtivo; d) equidade no trabalho; e) segurança no emprego; e f) dignidade no trabalho. Mas, como se pode ver, estes são ainda muitas vezes factos sociais muito amplos e difíceis de medir. Por isso, foi estabelecida uma medição do conceito de trabalho decente com nove categorias de análise: (a) oportunidades de emprego; (b) trabalho inaceitável (esta é a ideia de trabalho em condições de liberdade); (c) remuneração adequada e trabalho produtivo (isto dá a ideia de trabalho produtivo); (d) tratamento justo no trabalho; (e) conciliação do trabalho com a vida familiar; (f) diálogo social e relações laborais; (g) equidade e dignidade no trabalho; (h) segurança no trabalho; (i) proteção social, estabilidade e segurança no emprego.

Os indicadores podem parecer mais abrangentes ou analíticos, e os dados estão muitas vezes relacionados com a política governamental sobre condições de trabalho, como no caso do indicador "empregabilidade" ou "condições de trabalho",

que é como a legislação laboral de cada país influencia e determina a intervenção do Estado para equalizar a desigualdade negocial entre trabalhadores e empregadores.

Mas a questão aqui é reconhecer a importância de condições mínimas de trabalho para um mercado de trabalho que gere empregos decentes e depois um espaço social sob a ideia de promover os direitos humanos no trabalho.

## **1.2 A tecnologia transformando as características do trabalho**

A primeira observação a ser feita é sobre o atual sistema econômico neoliberal, no qual o livre comércio é um valor fundamental, irrevogável e imbatível. Ou seja, reconhecemos que estamos sob "regras" econômicas de mercado sem regras, que para funcionar ocupa a desigualdade e a acumulação de capital, mas que já apresenta os sinais de exaustão, então, para que não haja um colapso na economia, é importante que as instituições intervenham para regular esse mercado, que a desigualdade exista para que o capitalismo liberal funcione, mas não tanto que invalide o próprio sistema. Assim, o papel da regulamentação do direito do trabalho é fazer uma tentativa de diminuir a desigualdade social entre os atores do mercado, os trabalhadores e os empregadores.

A ideia de limitar o Estado Neoliberal no sentido de regular as condições mínimas de trabalho (VASAPOLLO, 2003) tem três objetivos importantes: A primeira é garantir aos empregadores que todos cumpram a lei e os direitos dos trabalhadores, porque assim, todos terão o mesmo custo na produção e assim a concorrência no mercado entre as empresas não será injusta (GIL, 2017); a segunda é garantir que o próprio trabalhador tenha condições para comprar e movimentar o mercado consumidor, "virar" a economia; e o terceiro ponto é a própria competição entre as empresas de diferentes países, que, mais forte após a globalização, metade do século XX até agora, em que a legislação entre diferentes países gera custos diferentes para os empresários, portanto, eles competem de forma "desigual", por essa razão a ideia de uma legislação "comum" ou similar para facilitar o próprio poder do capital (VALENCIA, 2015).

A regulação dos mercados pelo Estado está a diminuir face ao crescimento da acumulação de capital pelo mercado, pelas elites económicas nacionais e internacionais que cada vez mais influenciam as políticas do Estado para reduzir a intervenção na economia e especialmente em relação à regulação do trabalho (VASAPOLLO, 2003).

A tecnologia por tanto é utilizada também como instrumento do Estado neoliberal para acumulação de capital por diminuir os postos de trabalho e como ferramenta do discurso empresarial de necessidade da flexibilização dos direitos.

Assim a tecnologia muitas vezes passa a ser vista neste mundo globalizado como algoz ou causadora do desemprego, pois é usada contra o trabalhador numa regulamentação neoliberal e não como propulsora de um trabalho mais eficiente, digno, em que há maior chances de trabalho, por todos trabalharem menos horas. Parafraseando Paul Lafargue, que haja possibilidade de que trabalhem menos para trabalhar todos. Obviamente com regulamentação para que este trabalho seja decente e garantidor dos direitos humanos do trabalho.

A questão do trabalho precário começa por reconhecer que existem diferentes ideias e características que devem existir em uma atividade de trabalho, o que pode torná-la um bom emprego (Kalleberg, 2011), decente ou digno, mesmo um trabalho com más características, tornando-o precário.

Para Howell, D. R., & Kalleberg, A. L. (2019) a qualidade do emprego é muito difícil de ser quantificada em atributos, pois depende, sobretudo, do contexto económico de cada país, das oportunidades de emprego, da previdência e benefícios sociais e das leis trabalhistas locais, mas uma questão fundamental é a remuneração económica, que também será diferente em cada país, mas é um dos fatores mais importantes para identificar um emprego qualificado como bom.

O salário é, portanto, um dos primeiros fatores para identificar um emprego como bom ou ruim. Obviamente, quanto maior a capacidade de consumo, melhor é o trabalho, mas é necessário promover condições dignas de consumo, possibilitando moradia, alimentação, saúde, treinamento/educação, atividades de lazer, vestuário, transporte e manutenção doméstica.

Mas, além da questão econômica, qualificar um emprego como bom é reconhecer que existe uma limitação temporal na jornada de trabalho que diz respeito à quantidade suficiente de renda que será recebida diariamente, ou seja, um dia diário que proporcione ao trabalhador outras atividades de interesse, tais como família, esportes, lazer criativo, sendo que o salário dessas horas diárias é suficiente para uma vida familiar digna.

Também é importante que os trabalhadores tenham estabilidade no trabalho, que sintam que podem fazer planos de longo prazo para o consumo familiar, pois terão trabalho e perspectivas econômicas. Em outras palavras, é o trabalhador que se sente seguro no trabalho, mesmo que não o tenha ou se, por infortúnio ou crise econômica, o perca, que o Estado lhe forneça a seguridade social temporária.

Mesmo com a ideia da responsabilidade do Estado para com os trabalhadores e a qualidade do trabalho, o seguro saúde é importante para todos, trabalhadores formais e informais e suas famílias, pois é também um fator de segurança emocional e uma condição mínima de dignidade no trabalho.

A previdência social acrescenta a ideia de demissão, de proteção à saúde do trabalhador e da família, bem como a questão de um sistema de aposentadoria digno, para que, desde o início de sua vida profissional, o empregado conheça as condições de aposentadoria, que devem ser providas e garantidas pelo Estado, com um salário capaz de manter a mesma qualidade de consumo.

Outra característica de um bom trabalho é que é possível alcançar melhores oportunidades de conhecimento, estudo, assim como promoções e reconhecimento para estimular e recompensar a força de trabalho.

Deve haver um ambiente de trabalho saudável, condições de higiene e saúde suficientes para não colocar em risco a vida dos trabalhadores, por isso devemos ter ferramentas de trabalho, padrões, monitoramento das empresas, para o desenvolvimento das atividades mais perigosas.

Arne Kalleberg (2009) mostra que a OIT, Organização Internacional do Trabalho, distingue sete qualidades de trabalho precário, ou seja, existem características que caracterizam um trabalho tão precário. Ao contrário, deve-se notar

que o autor identifica a semelhança entre precariedade e insegurança como sinônimos. As sete características são definidas da seguinte forma:

- 1) falta de oportunidades de emprego;
- 2) a incerteza do trabalho;
- 3) horário de trabalho insuficiente ou exaustivo
- 4) más condições de higiene e saúde ocupacional;
- 5) falta de oportunidade de treinamento profissional;
- 6) insegurança de renda;
- 7) ausência de direitos individuais e representação sindical coletiva;

(Kallenberg, 2009, p. 25).

Finalmente, para garantir um bom emprego, é importante que a empresa ou o órgão empregador esteja cumprindo todas as normas nacionais, o Direito do Trabalho Federal e as normas internacionais da OIT. Na medida em que contribui mais do que as leis trabalhistas, melhor é a percepção do trabalhador em relação ao trabalho que realiza. Por esta razão, é fundamental que os órgãos governamentais acompanhem o trabalho.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim, a tecnologia no mercado de trabalho globalizado dentro do contexto neoliberal não é utilizada como promotora do trabalho decente no sentido de gerar qualidade, eficiência e capacidade de aumento do emprego, mas pela escolha política do sistema para acumulação do capital, é ferramenta para aumento de trabalhos mal pagos, com jornadas pequenas ou exaustivas, diminuição de benefícios e direitos sociais, na chamada flexibilização trabalhista.

Os resultados levam-nos a compreender que diante do desafio das transformações das relações de trabalho pela tecnologia, a regulamentação do direito do trabalho, afinada com os princípios da promoção dos direitos humanos no trabalho, numa perspectiva internacional, é a possibilidade de atender a demanda social por

um trabalho decente, pela justiça social, diminuição das desigualdades econômicas e sociais, para proporcionar garantias mínimas aos trabalhadores.

## **TECHNOLOGY AND THE TRANSFORMATION OF WORK: HUMAN LABOR RIGHTS AS A GUARANTOR OF DECENT WORK**

### **ABSTRACT**

Analyzing the transformations in work, seeking to identify what is conventionally understood as "good work," "bad work," or "precarious work" is fundamental to the regulation and proposition of rights that increasingly guarantee a dignified life, in a perspective of human rights of work and consequently the valorization of "decent work," a concept of the International Labor Organization. The central question of this research is: how can human rights at work guarantee "decent work" in a world of technology and precarious work? To this end, we will first reconstruct the history of human rights up to the idea of human rights of labor, encompassing "decent work" and its characteristics. In a second moment, a bibliographic construction dialoguing with the concepts of "good," "bad," and "decent" work, making a counterpoint to "precarious work" (form of paid activity with worse conditions for the worker), in order to finalize, sustaining the central thesis that the regulation of human rights of work, within a globalized society, is an instrument to reach a fairer society through "decent work," keeping away the bad impacts of technology that many times generates "precarious work. The objective of this scientific article is a theoretical-bibliographical discussion of national and international authors who socio-juridically define the attributes of work in contemporary society, which has technology, as one of the fundamental elements of transformations suffered in this market in recent years. Methodologically, the research starts from a bibliographical study, presenting some qualitative and quantitative data from ILO reports, as a way to better construct the object and argumentation launched for debate. The results lead us to understand that, faced with the challenge of the transformations in labor relations due to technology, the regulation of labor law, in line with the principles of promoting human rights at work, from an international perspective, paying attention to "decent work", presents itself as a

solution for the search of social justice, the reduction of economic and social inequalities, in addition to providing minimum guarantees for workers.

**KEYWORDS:** Human Rights at Work. Decent Work. Working Conditions.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Laís. Trabajo decente y equidad de género en América Latina (pp. 978-92). Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador, 2007.

ALVES, Giovani. Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. Boitempo Editorial, 2015.

BOYER, R., & SAILLARD, Y. Régulation Theory: the state of the art. Routledge, 2005.

BRAGA, Ruy. A Política do precariado: do populismos à hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo, 2012.

CUEVAS VALENZUELA, H. Precariedad, Precariado y Precarización. Un comentario crítico desde América Latina a The Precariat. The New Dangerous Class de Guy Standing. Polis. Revista Latinoamericana, (40), 2015.

DARCANCHY, Mara. O “decent work” na globalização socialmente inclusiva do direito internacional do trabalho. Revista Jurídica, 2012, vol. 2, no 29, p. 164-184.

DE LA GARZA, Enrique (Ed.). Tratado latinoamericano de sociología del trabajo. FLACSO México, UAM, FCE, 2003.

DE TEJADA MUÑOZ, Victoria Fernández. Derechos humanos y relaciones laborales. Netbiblo, 2010.

FRIEDMANN, G. et al (1973). Tratado de sociologia do trabalho. Editora Cultrix.

GAJST, Natalia. La escuela francesa de la regulación: Una revisión crítica. Visión de futuro, 13(1), 2010.

GALEAZI, Irene. Precarização do trabalho. In: CATTANI, Antonio David;

HOLZMANN, Lorena. Dicionário de trabalho e tecnologia, Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

GHAI, D. Trabajo decente. Concepto e indicadores. Revista internacional del trabajo, 122(2), 125-160, 2003.

GIL, Jose Luis. Trabajo decente y reformas laborales. Revista Derecho social y empresa, (7), 21-78, 2017.

Gorz, Andre (2001). Crítica da divisão do trabalho. São Paulo: Martins Fontes.

GORZ, Andre. Adeus ao proletariado: para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

JESSOP, Bob. O Estado e a construção de Estados. Outubro, (15), 11-43, 2007.

KALLENBERG, Arne. Good jobs, bad jobs. New York, 2011.

KALLENBERG, Arne. O crescimento do trabalho precário: um desafio global. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo , v. 24, n. 69, p. 21, 2009.

MARSHALL, T.H. (2001). Cidadania, classes sociais e status. 1967.

MARX, K. Trabalho assalariado e capital & Salário, preço e lucro. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MASCARO, A. L. Estado e forma política. Boitempo Editorial, 2015.

MAY, Tim. Pesquisa social. Questões, métodos e processos, v. 3, 2004.

MONTEJO, MIGUEL F. CANESSA. Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 2008, vol. 8, p. 111.

MONTEJO, Miguel Francisco. Los derechos humanos laborales en el derecho internacional. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. Editora Saraiva, 2017.

OIT (1999). Trabajo decente. Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

OIT. (2017). Informe mundial sobre salarios 2016/2017. Los salarios y el crecimiento equitativo.

OIT. (2018). Informe mundial sobre salarios 2018/2019. Los salarios y el crecimiento equitativo.

RAMOS, Guerreiro. Uma introdução ao histórico da organização racional do trabalho: ensaio de sociologia do conhecimento. Conselho Federal de Administração, 2009.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Novo Conceito de Proteção-Direitos Humanos no Trabalho. 9ª EDIÇÃO-ANO IV-JANEIRO A JUNHO DE 2013, 2013, p. 122.

SENE, Amartya. Trabajo y derechos. Revista internacional del trabajo, 119(2), 129-139, 2000.

STANDING, Guy. O precariado e a luta de classes. Revista Crítica de Ciências Sociais, 103, 2014.

STANDING, Guy. O Precariado: A nova classe perigosa. 1. Ed. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2014.

STANDING, Guy. The Precariat and Class Struggle. RCCS Annual Review [Online], 7,2015, Online since 01 October 2015, connection on 29 January 2016. Disponível em: <<http://rccsar.revues.org/585>>.

TILLY, Charles. Durable inequality. Berkeley: University of California Press, 1998.  
VALENCIA, Adrián. El precariado: ¿nueva clase social?. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Posgrado en Estudios Latinoamericanos, 2015.

WRIGHT, Erik Olin. Understanding Class (Is the Precariat a Class?). Ed. University of Wisconsin. Madison, 2015.

## **CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA FASE DE EXECUÇÃO: COOPERAÇÃO PARA ALCANÇAR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFICAZ**

**Bernardo Francisco Braga de Assis<sup>1</sup>**

**Thais da Silva Barbosa<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

Sabe-se através dos números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, que a duração da fase de execução no processo é o dobro da fase de conhecimento. Muitas das vezes o exequente não vê satisfeito o seu direito reconhecido na sentença pela ineficácia dos meios executivos, o que acaba por refletir em uma ineficiência da prestação jurisdicional para assegurar a satisfação de tal direito. Assim, o presente trabalho busca apresentar as convenções processuais como uma alternativa para sanar tal ineficácia na fase de execução, sendo uma via de cooperação entre as partes com o objetivo de assegurar o direito do exequente sem onerar demasiadamente o executado, alcançando uma prestação jurisdicional mais eficiente. Para tal, foi feita pesquisa bibliográfica, assim como a análise dos números emitidos anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais serão utilizados através dos itens que abordam desde o que é o instituto da convenção processual até como sua aplicação na fase de execução pode trazer maior eficácia da prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convenções processuais. Fase de execução. Prestação jurisdicional.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho parte de uma constatação de ineficiência da fase executória do processo quando se trata de concretizar o direito reconhecido na

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, professora do Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora.

sentença, seja o recebimento de uma quantia ou a realização de ato obrigacional. Discute-se se, e como, os negócios jurídicos atípicos realizados por uma convenção processual podem promover uma prestação jurisdicional mais eficaz através da cooperação entre as partes e solucionar o imbróglio que paira sob tal fase do processo.

De acordo com Antônio do Passo Cabral, a convenção e o processo são o encontro improvável de dois mundos que seriam tanto distantes quanto incompatíveis, pois muitas vezes enxergamos o processo como uma disputa onde não se cabe o consenso e encontro da vontade entre as partes<sup>3</sup>. Entretanto esta não é a realidade nos dias atuais, em que se vê a cooperação no processo com bons olhos em razão dos benefícios que traz para o procedimento e também para uma possível solução do conflito.

Embora já pudessem ser realizados antes, o Código de Processo Civil de 2015 efetivou tal situação com a previsão expressa da possibilidade de negócios jurídicos, prevendo ainda a negociação atípica em seu artigo 190. Desta forma, as partes podem estabelecer como se darão certos aspectos do procedimento quando versar o processo sobre direito que admite autocomposição.

Assim, veremos que as convenções processuais propõem a adequação do procedimento às especificidades de que necessitam a causa, o que gera previsibilidade e adaptabilidade à marcha processual. Por consequência também trazem benefícios para a qualidade da prestação jurisdicional em quaisquer das fases processuais.

## **1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONVENÇÕES PROCESSUAIS: TERMINOLOGIA, CONCEITO E DEFINIÇÃO**

Compreendemos a convenção processual como uma disposição de vontade bilateral entre as partes pactuantes, que através de um instrumento próprio capaz de criar, modificar ou extinguir possibilidades, ônus, poderes e deveres processuais,

---

<sup>3</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 43.

desenham o procedimento dentro das hipóteses cabíveis em eventual ou existente processo.

Partimos, portanto, da definição do que seria um negócio jurídico processual, na qual a convenção processual, objeto deste artigo, é uma espécie. Segundo Fredie Didier Júnior:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.<sup>4</sup>

Na mesma linha segue Antônio do Passo Cabral, que evidencia a importância da vontade e liberdade das partes. Vejamos:

Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais, admitidas pelo ordenamento jurídico, como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.<sup>5</sup>

Com base no exposto, para se realizar um negócio jurídico processual deve haver um instrumento para efetivar tal negociação. A escolha deste instrumento não é pacífica na doutrina nacional, vide que alguns utilizam-se não só de diferentes nomenclaturas, mas também de estruturas já existentes como o contrato, pacto, acordo... Na prática, o uso da nomenclatura ou instrumento escolhido não interfere nos efeitos e pressupostos de validade e eficácia do negócio processual, entretanto, segundo entendimento adotado pelo professor Antônio do Passo Cabral, o termo e instrumento mais adequado a concretizar uma negociação processual seria a convenção.

Essa opção pela convenção é adotada não somente pela doutrina brasileira, mas também pelas doutrinas alemã e italiana, dado que, diferentemente da tipologia dos contratos e demais instrumentos, esta apresenta uma união de vontades manifestadas sem a necessidade de haver objetivos contrapostos, possibilitando convencionar para fins comuns ou convergentes. Ou seja, é possível haver convenção

---

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento, 20 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 439.

<sup>5</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 63.

sem que sejam criados obrigações e direitos, diferente dos contratos e relações de crédito-débito, o que confirma a melhor adequação de tal instrumento para abranger as modalidades de negócios jurídicos no processo.

A convenção é negócio jurídico bilateral onde as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de outro sujeito, pactuam e determinam a criação, Em sua essência, o conceito das convenções processuais não foge da definição anterior, principalmente no tocante a sua classificação entre os atos jurídicos e das possibilidades de sua aplicação prevista na legislação processual.

### **1.1 Noções introdutórias: as particularidades e características dos negócios jurídicos**

Delineado tal conceito, o negócio jurídico, e conseqüentemente a convenção por ser espécie deste, pode ser típico, ou seja, aqueles previstos expressamente no Código de Processo Civil como a eleição do foro (art. 63, CPC), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º, CPC), convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, CPC), escolha do perito (art. 471, CPC), a renúncia do recurso (art. 999, CPC), como também pode ser atípico, aquelas hipóteses que não são previstas pela lei mas que podem ser convencionadas pelas partes com base no art. 190 do CPC<sup>6</sup> e sua cláusula de atipicidade negocial, o que concretiza a aplicação do princípio do respeito ao autorregramento processual possibilitando convencionarem sobre as suas faculdades e deveres processuais além das previstas em lei já mencionadas<sup>7</sup>.

Não obstante, o art. 200 do CPC<sup>8</sup> traz que tais negócios, além de típicos ou atípicos, podem ser unilaterais ou bilaterais a depender de como a vontade das partes foi manifestada. A renúncia, por exemplo, é um ato unilateral pelo qual somente uma parte expressa sua vontade, conquanto a suspensão do andamento processual se dá por ambas as partes através de ato bilateral que expresse esse desejo.

---

<sup>6</sup> Art. 190 do CPC: “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, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

<sup>7</sup> DIDIER JR. Fredie. *Op Cit.*, p. 26.

<sup>8</sup> Art. 200 do CPC: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Aqui temos importantíssima fundação basilar para que as convenções processuais produzam efeitos e tenham garantidas a sua eficácia. O referido artigo trouxe que as declarações unilaterais ou bilaterais de vontade imediatamente produzem a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Desta forma, realizada a convenção esta já possui eficácia a constituir, modificar ou extinguir o direito processual convencionado entre as partes e delimitado no objeto do instrumento.

Há entendimento no sentido de que os negócios jurídicos podem ser plurilaterais, quando um terceiro junto as partes pactuam pela sucessão processual voluntária (art. 109, CPC) ou quando as partes juntamente com o juiz pactuam o calendário processual (art. 191, CPC). O professor Fredie Didier Júnior adota a existência de tal classificação, entretanto, há divergência que merece ser explanada.

A questão de quem pode ser parte de uma convenção processual encontra base ao se analisar o papel do juiz em relação ao controle das convenções previsto no parágrafo único do art. 190 do CPC.

Para os que entendem que o juiz não pode ser parte da convenção processual, somente poderiam convencionar os sujeitos que podem dispor de interesses próprios, como ônus, deveres e faculdades processuais, e o juiz por ser quem efetiva o interesse público determinado pelas leis, não o detém. Assim, o juiz não pode dispor do interesse público, e não sendo detentor deste, conseqüentemente não tem capacidade negocial para estipular regras do procedimento<sup>9</sup>. Ademais, outro argumento adotado gira em torno da função do juiz de controlador de validade da convenção nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC<sup>10</sup>, para quem haveria uma quebra da imparcialidade que tal função exige ao se ter um convenente que seria tanto parte quanto o regulador dele mesmo.

Ambos entendimentos possuem interessantes e válidas ponderações, mas em um aspecto prático, adotado qualquer um desses entendimentos, as convenções serão plenamente válidas desde que observados o referido artigo, os requisitos de

---

<sup>9</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op Cit.*, p. 274.

<sup>10</sup> Art. 190, Parágrafo único, do CPC: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes 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”.

existência, validade e eficácia próprios dos negócios jurídicos, e os princípios gerais que serão melhor explorados mais à frente.

Dentre as demais classificações, o negócio jurídico ainda pode ser expresso ou tácito, como na já mencionada eleição de foro, que pode vir expressamente prevista em um contrato ou na própria convenção, ou no consentimento tácito do cônjuge para proposição de ação real imobiliária e até mesmo a aceitação tácita da decisão (art. 1.000, CPC) quando a parte se encontra satisfeita e pratica ato incompatível com a vontade de recorrer.

Tal hipótese citada acima é um bom exemplo de convenção processual típica, unilateral e tácita, onde a parte por si só manifesta sua vontade, utilizando hipótese prevista em lei, delineando o procedimento a partir de tal ato jurídico perfectibilizado. Vê-se assim de uma melhor forma todo o explanado acima até agora, onde até mesmo os pequenos atos dentro do processo que parecem ser corriqueiros são negócios jurídicos que permitem a parte gerir e dispor de seus direitos processuais.

Por fim, os negócios típicos ou atípicos não têm sua validade vinculada a homologação pelo juiz, exceto no caso de desistência do processo previsto no art. 200, parágrafo único do CPC<sup>11</sup>. Neste caso é necessária a homologação do negócio perante o juiz, mas, como leciona Didier, “a necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como negócio”<sup>12</sup>. Tal hipótese trata somente de uma liberdade um pouco mais restrita da autonomia privada.

Diante disso, podemos extrair que as convenções, espécie do gênero negócios jurídicos, são caracterizadas pela vontade das partes, ou uma só parte como visto acima, em praticar ato para produzir um efeito jurídico específico no procedimento, a chamada situação jurídica, adequando este para as particularidades do objeto da ação desde que seja direito que caiba autocomposição.

## **2 REGRAS GERAIS, HIPÓTESES DE CABIMENTO E POSSIBILIDADES: UMA ANÁLISE DA NEGOCIAÇÃO ATÍPICA DO ART. 190 DO CPC**

---

<sup>11</sup> Art. 200, Parágrafo único do CPC: “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial”.

<sup>12</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op Cit.*, p. 28.

## **2.1 O princípio do autorregramento da vontade e a liberdade de negociação atípica: flexibilização processual e derrogação das normas processuais**

Dado o exposto em item anterior, cabe antes fazer um adendo. Um dos pilares que consagra o artigo 190 do CPC e a aplicação das convenções processuais é o direito fundamental à liberdade e a possibilidade de regular juridicamente seus interesses. Neste sentido, precisamos entender como a autonomia privada se relaciona com o ato negocial, principalmente na sua esfera atípica.

Temos então o princípio do autorregramento da vontade, que perfeitamente se define pelo conceito trazido por Fredie Didier Jr.:

(...)um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas (gênero do qual as relações jurídicas são espécie)<sup>13</sup>

Podemos vislumbrar tal poder em quatro zonas de liberdade<sup>14</sup>, são elas a liberdade de negociação, a liberdade de criação, a liberdade de estipulação e a liberdade de vinculação.

Na liberdade de negociação, as partes negociam previamente como se dará o negócio antes da consumação do objeto deste. A partir da liberdade de criação, define-se a sua forma, seja prevista em lei ou não, possibilitando as partes adotarem instrumento que melhor se adeque as suas vontades. Pela liberdade de estipulação, se criam as possibilidades que serão o objeto do negócio de acordo com o interesse dos pactuantes. E por fim, a liberdade de vinculação gera a faculdade de realizar ou não o negócio.

Se no Estado Democrático de Direito vemos o processo como meio de exercer um poder, tem-se uma “ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil”<sup>15</sup>. O próprio princípio do devido processo legal ratifica tal exercício do poder de autorregramento das partes no processo.

<sup>13</sup> DIDIER JR., Fredie. *Op Cit.*, p. 18.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>15</sup> DIDIER JR., Fredie. *Op Cit.*, p. 19.

Observemos então que o processo também pode ser regido por essas dimensões de liberdade, razão pela qual o CPC consagrou o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo civil com a cláusula geral de negociação atípica do seu art. 190. Tal princípio permite às partes acordarem processualmente sobre o procedimento ou o objeto da lide com base nas zonas de liberdade acima descritas.

O referido artigo, então, nos traz o subprincípio da atipicidade da negociação processual, consagrando o princípio do respeito ao autorregramento das vontades no processo. O *caput* do artigo traz que quando versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição, as partes plenamente capazes poderão estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, seja previamente ao processo ou durante seu curso.

Assim, seu objeto abarcará situações jurídicas processuais, como convenções sobre ônus da prova, faculdades, deveres, e atos processuais, que poderão ter sua forma ou ordem de encadeamento de tais atos redefinidos. Nesse sentido, e primando pela observação dos princípios citados acima, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editaram os Enunciados de n. 257 e 258<sup>16</sup>. Estes, além de reforçar o disposto no artigo 190 do CPC, trazem a possibilidade convencionar sobre o procedimento até mesmo sem necessariamente ser para o ajuste as especificidades da causa.

Observação necessária é que a convenção que o artigo menciona é sobre processo, e não sobre o direito pleiteado, objeto da ação. Ora, se o objeto da convenção fosse tal direito estaríamos diante da já conhecida autocomposição. No caso do art. 190 do CPC estamos diante de convenção sobre o processo, que terá por objeto uma alteração de suas regras que gera dois fenômenos, o da flexibilização processual voluntária<sup>17</sup> e a da *Normdisposition*, conceituado por Gerhard Wagner

---

<sup>16</sup> Enunciado n. 257: “(art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Grupo: Negócios Processuais)”.

Enunciado n. 258: “(art. 190) As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa. (Grupo: Negócios Processuais)”.

<sup>17</sup> GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

como a manifestação de vontade das partes que derrogam normas processuais<sup>18</sup>. Ou seja, a convenção excepciona certas regras predefinidas pelo Código de Processo Civil, como em convenção que reduz ou aumenta prazo para contestar a ação, derrogando normas processuais através do pactuado.

Impende destacar que essas alterações são orientadas e motivadas pela vontade daqueles que melhor compreendem o objeto litigioso bem como suas características especiais, o que justifica todas as alterações antes expostas.

## **2.2 Regras gerais e regulamentação dos negócios jurídicos atípicos realizados através de uma convenção processual**

Passemos então a analisar algumas regras gerais, requisitos de validade e demais características que se devem observar ao realizar um negócio jurídico processual atípico, com o enfoque na convenção como instrumento ideal à sua concretização.

Primeiramente, precisamos compreender que o negócio jurídico convencionado tem independência em relação ao direito material pactuado em conjunto com este no mesmo instrumento. Assim, pelos atos processuais produzirem efeitos diversos do eventual direito material pactuado e inserido no mesmo instrumento da convenção, mesmo que tal instrumento seja invalidado ou resolvido por causa de ineficácia do direito material o negócio jurídico não será atingido, não implicando na sua nulidade em decorrência de tal hipótese. É a chamada regra da independência das convenções processuais em relação ao direito material.

Apesar de tal premissa, a convenção processual abarca os requisitos presentes nas normas de direito material e processual, o que gera a dúvida sobre qual delas prevalecerá sob a matéria. Temos então outra regra geral, a correção entre normas materiais e processuais na qual ambas as normas farão conexão para regulamentar a convenção, que será operada simultaneamente por regras do direito material e processual, dada sua natureza.

Outra importante regra é que a convenção obriga os sucessores daqueles que a celebraram. Tal entendimento é consolidado no Enunciado n. 115 do Fórum

---

<sup>18</sup> DIDIER JR., Fredie. *Op Cit.*, p. 30.

Permanente de Processualista Civil, que traz uma segurança jurídica em relação ao fato superveniente em uma sucessão, abarcando os herdeiros e sucessores. Como visto acima, a correção entre as normas já abarcaria tal hipótese pelas regras nos negócios jurídicos de direito material, porém tal reforço demonstra o maior cuidado e regulamentação para as convenções nesse quesito.

Como visto acima, o negócio jurídico atípico é simultaneamente regulado pelo direito material e processual. Sendo assim, devem ser observados alguns requisitos que se forem desrespeitados podem resultar na nulidade da convenção. São eles: a capacidade das partes, o objeto ser lícito e sua forma ser prevista em lei ou não proibida por esta.

Diante dos princípios e regras regulamentadoras que deve observar a convenção processual, vemos que a negociação atípica gera possibilidades que não somente se adequam melhor à causa, mas também podem promover um procedimento melhor desenhado aos interesses das partes. São bons exemplos as convenções sobre impenhorabilidade; acordo de instância única; de ampliação ou redução de prazos; para não promover a execução provisória; para limitar o número de testemunhas; sobre o ônus da prova; entre outras.

Entendido o que são negócios jurídicos atípicos e como a convenção processual se regulamenta no ordenamento jurídico pátrio, passemos a verificação dos benefícios e vantagens que esta pode trazer ao procedimento em determinados casos.

### **3 OS BENEFÍCIOS E VANTAGENS DE UMA CONVENÇÃO PROCESSUAL: DIÁLOGO ENTRE PROCEDIMENTO E EFICÁCIA**

#### **3.1 A quebra do hiperpublicismo processual e a primazia pela coexistência do interesse público e o interesse privado**

Primeiramente, apesar de exaustivamente discorrido sobre, é importante frisar que as convenções processuais trazem a quebra do hiperpublicismo e seus dogmas, na qual hoje temos como premissa a compatibilidade do interesse das partes com o interesse público do Estado-juiz. O hiperpublicismo, além de concentrar as

disposições sobre o processo e os interesses públicos e particulares da lide sob a figura do juiz, pregava que toda norma processual era cogente, imperativa e inderrogável, sendo a lei a única norma processual<sup>19</sup>. Fica claro que tal modelo restringia a participação das partes em ínfimas e raras situações de regras supletivas, o que conseqüentemente faz o negócio jurídico ineficaz pois este não poderia substituir ou suplantar normas processuais<sup>20</sup>.

Vemos a incompatibilidade de tal modelo com o ordenamento jurídico contemporâneo e princípios constitucionais, já que mesmo com o caráter público do processo deve-se levar em consideração a vontade das partes. Assim, talvez a principal vantagem das convenções processuais seja o balanceamento entre o publicismo e o privatismo, reduzindo a concentração de poderes do juiz e proporcionando maior participação das partes para convencionar sobre o procedimento<sup>21</sup>, convivendo juntos os interesses público e privado.

Nesta toada, a cláusula geral de convencionalidade do art. 190 do CPC também traz algumas vantagens procedimentais. Além de garantir na relação processual uma maior participação das partes no procedimento como visto acima, tal cláusula possibilita às partes convencionar sem se restringir aos negócios jurídicos típicos expressamente previstos e traz maior maleabilidade ao sistema processual, abrindo margens de interpretação mais amplas para a jurisprudência<sup>22</sup>. Como leciona Ávila, o aplicador da lei terá oportunidade de preencher elementos normativos vagos a partir de um precedente, concretizando possibilidades em casos concretos semelhantes<sup>23</sup>.

### **3.2 As vantagens da realização de convenções processuais e seus desdobramentos no procedimento**

Uma das vantagens mais perceptíveis das convenções processuais é a eficiência processual. A adaptabilidade do procedimento é um fenômeno mundial que surge em decorrência da insuficiente prestação jurisdicional dos procedimentos

---

<sup>19</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op Cit.*, p. 203.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. **Subsunção e concreção na aplicação do direito**. Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 429-430.

ordinários e especiais em certos casos concretos. Assim, a flexibilização e a adaptação são características necessárias para uma prestação jurisdicional adequada em casos que o procedimento ordinário não é suficiente para atender as especificidades da causa<sup>24</sup>. A convenção então vem como instrumento para moldar a formalidade do procedimento às necessidades da causa, gerando uma tutela mais efetiva do poder judiciário sobre o direto material pleiteado pelas partes, por ser método de organização e reorganização das relações jurídicas.

Outra vantagem importante trazida pela convenção é a economia processual, que pode se desdobrar na celeridade da tramitação do processo e uma diminuição de custos. Nem sempre a eficiência pressupõe rapidez, mas de fato temos que a economia do tempo andarà junto com o propósito de um procedimento eficaz. Nesse sentido, as partes através da convenção podem desenhar um procedimento menos complexo com menor dilação probatória ou mais aprofundado esgotando todas as fases, ajustando este às especificidades da causa. Ao convencionarem as partes sobre o foro competente, por exemplo, pode-se reduzir os gastos com o deslocamento destas e de seus advogados, assim como a forma de citação ser eletrônica e a escolha de um perito comum às partes pode diminuir os custos inerentes ao processo.

Uma convenção que verse com certeza e previsibilidade sobre certos atos do procedimento traz importante segurança às partes. Na análise prévia de viabilidade do ajuizamento da ação leva-se em consideração a incerteza que muitas vezes é inerente ao processo, calculando o custo-benefício dessa para a parte. Assim, leciona Antônio do Passo Cabral:

Podendo alterar as regras do processo, as convenções processuais representam uma nova técnica de redução da incerteza e, com isso, os acordos processuais assumem importante função de gestão do risco.<sup>25</sup>

Ou seja, as convenções podem previamente, antes mesmo de instaurado o procedimento judicial, ser pactuadas de forma que certos atos e despesas serão previsíveis e os resultados destes será mais exato.

É a gestão micro e macro processual que as convenções possibilitam, agindo como mitigadores ou redutores dos custos de transação, que nas palavras de Ronald

<sup>24</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op Cit.*, p. 242.

<sup>25</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op Cit.*, p. 261.

Coase podem ser conceituados como custos de busca e informação, barganha e decisão ou de cumprimento<sup>26</sup>.

Por fim, um dos maiores benefícios trazidos pela convenção processual é esta ser uma via diferente do processo e dos métodos adequados de solução de controvérsias. Nesse sentido, as convenções processuais “tornam-se uma “terceira via” de acesso à justiça, incorporando a flexibilização formal e adaptações dialogais ao procedimento no seio da própria justiça estatal”<sup>27</sup>.

Na prática, conforme palavras do professor Antônio do Passo Cabral, as convenções processuais se tornam um método apto a sanar o abismo da tutela jurisdicional, uma via alternativa ao procedimento rígido e inflexível, à arbitragem demasiadamente onerosa e aos meios alternativos de solução de conflito (MASC). Verdadeiramente um meio termo entre tais institutos que proporciona grandes benefícios e vantagens que reafirmam o acesso à justiça através de tais possibilidades.

#### **4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA FASE DE EXECUÇÃO: COOPERAÇÃO PARA UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL MAIS EFICIENTE**

A doutrina brasileira já observou que a fase de execução pode ser ineficaz<sup>28</sup>, em razão de uma falha da prestação jurisdicional. A máxima chiovendiana nos orienta que o objetivo do processo é de fato entregar o bem da vida a quem tem direito, e, não raro, isso não acontece nos processos judiciais.

Tal delicadeza se dá pelo fato de a parte ao obter sentença procedente ou parcialmente procedente, tendo reconhecido o direito pleiteado e criada a obrigação da parte *ex adversa* de adimplir com certo valor, descobrir que “ganhou” o processo, mas que restará frustrado o pagamento pela insolvência financeira ou indisponibilidade de bens passíveis de penhora da parte condenada, por exemplo.

---

<sup>26</sup> GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva, **Análise econômica dos negócios jurídicos processuais**. Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 43, n. 278, p. 497-519, abr., 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3hmC1FG>>. Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>27</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op Cit.*, p. 256.

<sup>28</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 1054 e 1055.

Assim, na busca incessante para conseguir o “recebimento” do direito reconhecido na sentença, a figura do exequente se encontra cercado da ineficácia dos métodos de constrição previstos no CPC em relação a certos casos concretos. Essa situação acaba por estagnar a marcha processual desta fase, ocasionado uma morosidade discrepante em relação as fases de conhecimento e recursal até a obtenção de solução para tal imbróglio, isso quando se consegue tal solução.

Para ilustrar tal situação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu relatório anual que apura o desempenho do Poder Judiciário, chamado de Justiça em Números, trouxe que no âmbito das justiças estaduais, trabalhistas, federais e militar a fase de execução importa em duas ou três vezes mais tempo processual do que nas demais fases. No ano de 2019 tal balanço representou uma diferença de quase três anos a mais de demora em relação a fase de conhecimento numa média geral, observemos o gráfico<sup>29</sup> trazido no relatório que exemplifica tais números:

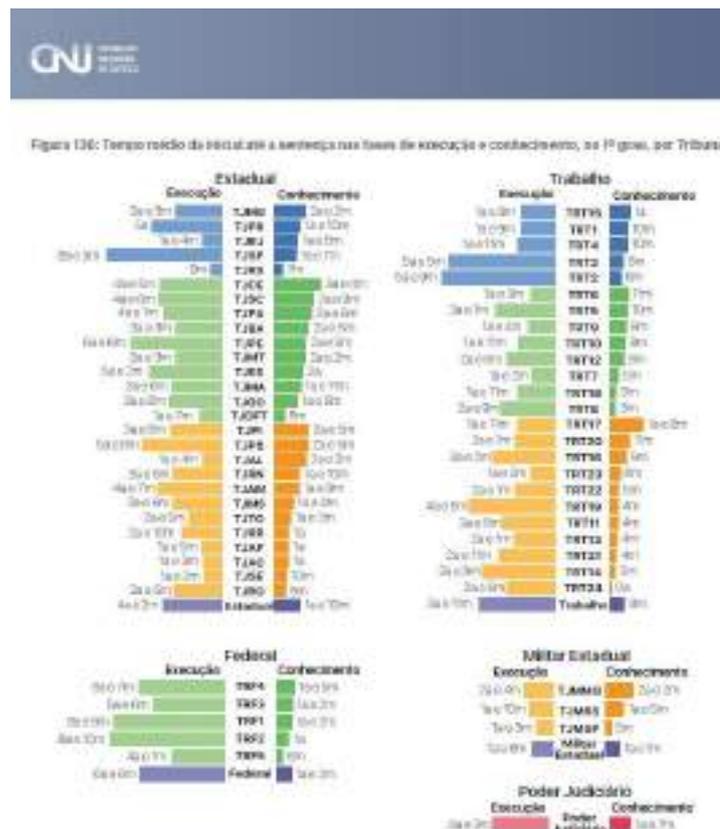


Figura 1

<sup>29</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. p. 186. Disponível em: <<https://bit.ly/35MDu78>>. Acesso em: 16 set. 2020.

Sabendo que a convenção processual é um instrumento que possibilita às partes adequar o procedimento aos melhores interesses de ambas e ajustando este as especificidades da causa, isto revela a possibilidade do negócio jurídico que verse sobre a fase executória também ter aptidão a promover não só uma melhor prestação jurisdicional nesta, mas também mais celeridade e eficácia para efetivação do direito reconhecido na sentença.

#### **4.1 A fase de execução como ambiente propício para realização de convenções processuais**

Cabe tecer então observações importantes sobre fase de execução que se relacionam com o tema das convenções para analisar sua aplicabilidade em tal fase. Primeiramente, temos a disponibilidade da execução, onde o exequente pode dispor da execução ou cumprimento de sentença (arts. 513 e 771 do CPC), total ou parcialmente, seja abrindo mão de certo ato executório ou desistindo da demanda executiva<sup>30</sup>. Se a execução é realizada para atender interesse do exequente, pode este dispor de tal direito de promover a fase executória.

Outra interessante nuance é a presença da autonomia da vontade na execução. Ora, com base no princípio dispositivo explanado acima o exequente pode dispor de certos atos ou até desistir da instauração de tal fase, o que elenca a premissa central do art. 190 do CPC e sua cláusula de negociação atípica: se o detentor do direito pode dispor ou renunciá-lo, também pode convencionar sobre este. Assim, a autonomia da vontade das partes também se aplica na execução trazendo a possibilidade de se negociar os efeitos jurídicos dos atos executórios e ajustar o procedimento de acordo com a vontade destes.

Vemos então que a fase executória talvez seja um ambiente mais propício para a realização das convenções processuais do que a fase de conhecimento, já que nesta se encontra maior número de situações processuais que são facultadas ao exequente, que poderá negociar com o executado sobre elas. A aplicação de tal instituto na fase de execução determina a desconstrução da visão que esta deve ser

---

<sup>30</sup> DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antônio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. In: **Ensaio sobre os Negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 65.

imposta e “forçada” sob o executado, pois é possível ser incorporada a lógica negocial do processo cooperativo<sup>31</sup>. Ou seja, a participação bilateral das partes para assegurar o direito do exequente, diferente da execução conduzida unilateralmente e forçadamente imposta, pode render a diminuição dos problemas acima elencados.

Plenamente cabíveis e admissíveis as convenções processuais na fase de execução, as regras gerais e especificidades apontadas em item próprio deste trabalho serão as mesmas, não se diferenciando seja na fase de conhecimento ou execução. Quanto às vantagens de tais pactuações, essas não se destoam do também já explanado anteriormente, mas claramente parecem majoradas nesta fase, já que a adaptabilidade e previsibilidade das convenções podem antecipar o procedimento para cumprir o título executivo judicial ou evitar uma expropriação patrimonial inesperada de bens. Funcionam então como “mecanismos úteis para equilibrar as exigências processuais da execução com a manutenção dos laços sociais estremecidos com o conflito”<sup>32</sup>.

#### **4.2 Convenções processuais sobre o procedimento executório: hipóteses e aplicação**

Verificado que a execução pode ser ambiente propício para celebração de negócios jurídicos atípicos, vejamos alguns exemplos que podem ser convenionados entre exequente e executado para maior eficácia na condução da fase executória.

Para evitar as penhoras infrutíferas e frustradas em relação ao executado, principalmente quando este não tem bens, as partes podem realizar convenção que estabeleça o *pactum de non exequendo*, aquele em que o exequente se compromete a não realizar a execução de um título executivo. Entretanto, tal medida não significa a renúncia ao crédito, mas sim comprometimento de abrir mão da via executiva e utilizar de outras vias menos invasivas para o adimplemento do crédito. O exequente dispondo de um ou mais meios para obter a satisfação do direito, pode convenionar tal pacto para substituir os meios executórios estabelecendo o protesto da sentença

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 70.

(art. 517 do CPC) e a inscrição do nome do executado nos órgãos de proteção ao crédito (art. 782, § 3º, do CPC), por exemplo, para pressionar o adimplemento.

Para além da fase executiva sob a qual nos debruçamos, diante da hipótese de afastar os meios executórios do título executivo judicial, as partes também podem convencionar nesse sentido sobre os títulos executivos extrajudiciais. Temos então a pactuação com fito de retirar a eficácia executória de um dos títulos previstos no rol do art. 784 do CPC, com base na disponibilidade conferida ao exequente, reservando para buscar o adimplemento a ação monitória, conforme inteligência do art. 785 do CPC.

Destaca-se que as partes não podem convencionar de forma a restringir o poder executivo do órgão julgador, mas tão somente sobre a disposição ou adoção de medidas atípicas para efetivar o direito reconhecido na sentença. Um exemplo desta limitação é a impossibilidade de negócio jurídico que verse sobre exclusão das sanções aplicadas por ilícitos processuais cometida pelas partes. Resta inadmissível pois significaria convencionar para permitir a prática de ilícitos, além da reduzir o poder do Estado-juiz<sup>33</sup>.

Outro exemplo de convenção que pode proporcionar maior eficácia da fase executória são as que versem sobre a penhorabilidade. Dentro do cenário destacado neste item, o exequente muitas vezes se depara não somente com a insuficiência financeira do executado para pagar, mas também a falta de bem penhorável apto a saldar o crédito através dos métodos próprios. Assim, as convenções sobre tal tema podem servir a retirar a impenhorabilidade de um bem, trazendo maior previsibilidade e garantia para este meio executivo.

Comumente, entende-se que as regras sobre impenhorabilidade são de ordem pública, consequentemente compreendidas como norma cogente. Na realidade, entendemos que tais regras se destinam à proteção do executado e não para proteger a ordem pública. Assim, com exceção do inciso I do art. 833 do CPC, as demais hipóteses elencadas no rol do dispositivo tratam de bens disponíveis que podem ser alienados pelo executado. Temos então que os bens elencados no rol do referido artigo são disponíveis, poderiam ser vendidos pelo executado, e se assim possível,

---

<sup>33</sup> DIDIER JÚNIOR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. In: **Ensaio sobre os Negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 77.

também poderiam ser penhorados pela vontade deste, desfazendo do bem judicialmente com fito de saldar o total devido. Desta forma, sendo a impenhorabilidade direito do executado, que pode renunciá-la se o bem for disponível, a renúncia à impenhorabilidade é um negócio jurídico que pode ser convencionado<sup>34</sup>.

Nesta toada, as partes poderão convencionar sobre a responsabilidade patrimonial e penhorabilidade de forma a limitar a quantidade de bens do executado que poderá ser alvo de penhora; excluir um determinado bem da esfera da responsabilidade patrimonial do executado; limitar-se a um tipo de objeto ou garantia, ou até mesmo delimitar a responsabilidade patrimonial ao patrimônio adquirido até ou a partir de determinada data.

Se observarmos o final do inciso I do art. 833 do CPC, vemos que as partes podem declarar a impenhorabilidade de certo bem pela manifestação de suas vontades. O pacto de impenhorabilidade, então, é permitido e se trata de negócio jurídico típico. Entretanto, em exceção aos casos de impenhorabilidade material, ou seja, um bem inalienável consequentemente impenhorável, as regras de impenhorabilidade são disponíveis.

Ainda dentro das possibilidades de convencionar sobre as nuances da penhora na fase de execução, outra interessante possibilidade é como as partes podem pactuar a respeito da ordem de bens a serem penhorados. Sobre o tema, apesar do art. 835, § 1º do CPC trazer que a penhora de dinheiro, quando houver, é prioritária, essa não se dá de forma absoluta, principalmente pela existência de outras regras que mitigam tal prioridade. Se observa tal entendimento pela edição da Súmula de nº 417 do Superior Tribunal de Justiça<sup>35</sup>.

O próprio Código de Processo Civil traz algumas possibilidades, como o credor escolher outro bem a ser penhorado (art. 805 do CPC) ou exercer o seu direito de retenção do bem para que este seja penhorado (art. 793 do CPC). Da mesma forma, tal preferência pode ser excepcionada por um negócio jurídico atípico que previamente estabeleça quais bens serão penhorados, e em qual ordem se dará a penhora destes, de acordo com o pactuado entre as partes. Assim, caso decidam em

---

<sup>34</sup> DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antônio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. In: **Ensaio sobre os Negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 80.

<sup>35</sup> Súmula nº 417 do STJ: “Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”.

excepcionar a prioridade do dinheiro a ser penhorado antes dos demais bens, escolhendo e indicando outros com uma ordem pré-estabelecida fora das hipóteses legais, basta realizar convenção processual que verse sobre tal tema.

Como se vê, os convenientes podem pactuar a adoção de técnicas, ou até mesmo as especificidades totais de um procedimento especial executório para certa execução ordinária, observando os melhores interesses das partes e especificidades que a causa exigir.

#### **4.3 Os reflexos da convenção processual a ensejar uma prestação jurisdicional eficaz na fase de execução**

Conforme vimos nos exemplos acima, através da realização de negócios jurídicos atípicos convencionados e utilizando-se da possibilidade que estes trazem para uma maior participação das partes na fase de execução, abrem-se alternativas que podem ensejar uma melhor prestação jurisdicional do Estado-juiz. Se as partes já delinearam o procedimento trazendo mais previsibilidade, como a definição da ordem de bens a serem executados ou quais destes serão efetivamente penhoráveis, tem-se maiores garantias para ver satisfeito o direito autoral reconhecido na sentença.

E se assim ocorre, o reflexo de tais situações recai não somente para a satisfação do crédito do exequente como também enseja menor onerosidade para o executado, conjuntamente ao poder judiciário que adotando as medidas executórias previamente selecionadas pelas partes obtém maior efetividade para a prestação jurisdicional. A cooperação das partes por meio das convenções processuais que desenharão a fase expropriatória e o Estado-juiz que terá definido os meios para efetivar sua tutela, pode ser a solução para a frequente frustração que paira sob a fase executória.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observou-se no presente trabalho que o direito à liberdade e possibilidade das partes regularem seus interesses juridicamente pela autonomia privada, se relacionando via ato negocial, faz nascer o princípio do autorregramento da vontade.

Por ser um pilar para que as vontades das partes pactuantes criem situações jurídicas,  
**3ª EDIÇÃO ESPECIAL DO DIREITO, JAN/JUN 2021 – ISSN1809-046X**  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

o art. 190 do CPC consagrou tal princípio em conjunto com a cláusula geral de negociação atípica proporcionando inequivocamente, já que previsto no código, a possibilidade de convencionar sobre faculdades, ônus e deveres processuais.

Superada a visão hiperpublicista do processo e sendo compatível o interesse privado com o interesse público, vemos que as convenções processuais não somente extraem a máxima participação das partes, desenhando o procedimento de processo futuro ou existente, mas também geram uma maior eficiência processual. Conseguimos perceber que as convenções acrescentam previsibilidade e reduzem a incerteza de certos atos processuais, o que permite uma gestão processual para definir o procedimento de acordo com as necessidades do caso.

Essa previsibilidade se reflete na prestação jurisdicional, onde o juízo poderá executar sua tutela com máxima eficácia pois o procedimento foi estruturado em observância às necessidades que requer a causa e seguindo as particularidades da relação jurídica. Vislumbra-se então que a prática de convencionar sobre o procedimento preenche a falta de rito específico para certos casos como também promove maior economia processual e diminuição de custos.

Vimos que o poder judiciário em geral sofre com uma dificuldade de efetivar sua tutela e garantir o direito reconhecido ao credor, o que implica maior morosidade processual em relação as demais fases, conforme os números apresentados pelo CNJ, já que os meios executivos se mostram muitas vezes inefetivos.

Sendo a fase executória propícia para a realização de convenções processuais devido a disponibilidade dos atos executivos, as hipóteses de negócios jurídicos atípicos conseqüentemente são amplas. Desta forma, podem as partes convencionar desde o afastamento dos meios executivos do título executivo até a renúncia da impenhorabilidade dos bens, pactuando a ordem que serão penhorados. Com isso o procedimento da execução se torna mais previsível e garante alguns bens a serem penhorados para assegurar a eficácia da satisfação do direito.

Destarte, a pactuação de convenção processual que verse sobre o procedimento executório se torna uma opção para alcançar a tão necessária eficácia da prestação jurisdicional na fase de execução. Através destas e de seus benefícios, o exequente obtém uma garantia de satisfação do seu direito, o executado adimple com sua obrigação sem ser onerado excessivamente e o juízo promove sua tutela de

forma eficaz. Uma verdadeira cooperação entre as partes que ajudará a superar dificuldades que se encontram nesta fase.

**PROCEDURAL CONVENTIONS AT THE IMPLEMENTATION STAGE:  
COOPERATION TO ACHIEVE AN EFFECTIVE JUDICIAL PROVISION**

**ABSTRACT**

It is known through the figures released by the National Council of Justice, that the duration of the execution phase in the process is twice the phase of knowledge. Often the exequente does not see satisfied its right recognized in the judgment by the ineffectiveness of the executive means, which ends up reflecting in an inefficiency of the judicial provision to ensure the satisfaction of such a right. Thus, the present work seeks to present procedural conventions as an alternative to remedy such ineffectiveness in the implementation phase, being a route of cooperation between the parties with the aim of ensuring the right of exequente without overburdening the executed, achieving a more efficient judicial provision. To this end, a bibliographical research was carried out, as well as the analysis of the numbers issued annually by the National Council of Justice, which will be used through the items that approach from what is the institute of the procedural convention to how its application in the implementation phase can bring greater effectiveness of the judicial provision.

**KEYWORDS: Procedural conventions. Enforcement stage. Judicial provision.**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ÁVILA, Humberto. **Subsunção e concreção na aplicação do direto**. Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. p. 186. Disponível em: <<https://bit.ly/35MDu78>>. Acesso em: 16 set. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os Negócios jurídicos processuais**. 1. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva, **Análise econômica dos negócios jurídicos processuais**. Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 43, n. 278, p. 497-519, abr., 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

## LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA APLICAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Vanilu Elisa da Silva Souza<sup>1</sup>  
Pamella Carolina de Sousa Pacheco Carvalho<sup>2</sup>  
Paula Michelle de Oliveira Assumpção<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo discorre sobre como a proteção de dados pode ser elencada a uma garantia fundamental, onde a Lei Geral de Proteção de Dados sendo uma lei infraconstitucional pode influenciar diretamente no tratamento de dados e com isso permitir uma proteção maior ao titular dos dados. O artigo foi elaborado com base em pesquisas de cunho bibliográfico e, ainda com análise de algumas legislações quais sejam a Constituição Federal de 1988, que elenca as garantias fundamentais, tal como a Lei Geral de Proteção de Dados, que trata de maneira específica e pormenorizada do assunto proteção de dados, complementando o Marco Civil da Internet onde foi omissivo em determinadas áreas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental. Privacidade. Proteção de dados pessoais.

### INTRODUÇÃO

Vivemos em um momento em que os dados pessoais são trocados com uma rapidez nunca vista na história. Dados que muitas vezes são expostos, vendidos e até manipulados sem qualquer tipo de autorização dos seus titulares. Esses dados por conter informações valiosíssimas são considerados o “novo petróleo” da atual

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora E mail: vaniludumont@hotmail.com

<sup>2</sup> Pós graduada em Direito Público, Pós graduada em Mediação de Conflitos e pós graduada em Saúde Coletiva. E mail: [carvalho.pamella@estacio.br](mailto:carvalho.pamella@estacio.br)

<sup>3</sup> Mestre em filosofia pela UFJF, Pós graduada em Direito Público e Direito Previdenciário, Bacharel em Direito pela Instituto Vianna Junior. Email: paulaassumpcao@yahoo.com.br

sociedade globalizada. O tratamento de dados está em todas as áreas da sociedade, desde o uso de um *app* que pede informações (endereço e formas de pagamento, por exemplo) para realizar o pedido de uma refeição ou a ida a um consultório médico onde é preciso preencher uma ficha com informações pessoais. A coleta de dados acontece nas mais variadas esferas da sociedade e a todo o momento.

Porém, esse uso de dados pessoais nem sempre é a favor do titular. Às vezes, os dados pessoais são tratados com outras finalidades sem qualquer consentimento do mesmo. Muitas vezes as empresas transferem dados pessoais de titulares para terceiros sem a devida comunicação, realizam venda de *mailing* de dados, dentre vários outros tratamentos incorretos.

É por esse motivo que demonstraremos que os dados pessoais devem ter uma proteção mais abrangente porque dependendo do tipo de dados é possível uma identificação clara desse titular violando sua privacidade e individualidade.

O presente trabalho fomentará essa discussão, abordaremos a necessidade de os dados pessoais serem elevados a uma categoria com garantia constitucional, incluindo a proteção de dados de maneira expressa na Constituição Federal devido ao seu conteúdo que muitas vezes pode dizer muito sobre o titular, invadindo a esfera privada.

O artigo apresentado se divide em seis seções. A primeira parte aqui apresentada é a introdução, a segunda traz uma discussão sobre como os dados pessoais devem ser considerados um direito fundamental e por esse motivo devem ser acrescidos de maneira expressa na Constituição Federal, além de uma análise da PEC nº 17 e a inconstitucionalidade da MP 954/2020. Na terceira seção uma distinção entre direito à privacidade e o direito à proteção de dados, apesar de serem parecidos tem sua aplicação diferenciada. Na quarta seção, uma análise dos objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados e sua aplicação. Na quinta, o conceito do consentimento é aprofundado, onde é possível observar sua importância. Por fim, são apresentadas as conclusões finais acerca do tema apresentado.

## **1 DADOS PESSOAIS COMO NOVO DIREITO FUNDAMENTAL**

A privacidade é considerada um direito fundamental, como preconiza a Constituição em seu art. 5º, inciso X:

**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:

(...)

**X** – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (grifo nosso).

Podemos observar que existe uma proibição da interferência do Estado na vida privada, exceto as previstas em lei.

Com a evolução tecnológica, a captação de dados se faz nas mais variadas esferas e conseqüentemente na vida privada do titular, assim temos a discussão da privacidade informacional ou autodeterminação. O titular tem que ter resguardada sua privacidade mesmo em se tratando de dados pessoais que são coletados das mais diversas formas ou determinar o que pode ou não ser compartilhado e captado.

Um dado pessoal precisa ser adjetivado como pessoal, caracterizando-se como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular. É nesse sentido que se um dado pessoal é captado na esfera da privacidade sem o consentimento do titular temos a inviolabilidade sendo ferida (BIONI, 2019, p. 56).

Com a revolução tecnológica os dados têm se tornado o “novo petróleo”, expressão criada pelo londrino Clive Humby, um matemático especializado em ciência de dados. O detentor dessas informações pode usufruir de maneira financeira, social dentre outras.

O direito à proteção de dados no rol das garantias fundamentais promoveria uma maior segurança jurídica e efetividade no ordenamento interno, tanto na esfera individual como na dimensão dos interesses coletivos.

### 1.1 PEC Nº 17

No sentido de constitucionalizar os dados pessoais como direito fundamental, foi aprovado no dia 2 de julho de 2019 pelo plenário do Senado Federal a PEC nº 17/2019 que inclui o direito à proteção de dados pessoais ao texto constitucional. Se aprovada nas duas casas os dados pessoais passariam a integrar a lista de garantias individuais da Constituição Federal. Atualmente a mesma encontra-se aguardando votação do Plenário Virtual desde 11 de fevereiro de 2020.

A PEC visa alterar os artigos 5º, XII e artigo 22, XXX, ambos da Constituição Federal, que passariam a ter a seguinte redação:

**Art. 5º** *In Verbis*

(...)

**XII** – *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; (grifo nosso)*

**Art. 22.** *Compete privativamente à União legislar sobre:*

(...)

**XXX** – *proteção e tratamento de dados pessoais. (grifo nosso)*

A ideia da proposta é expandir a proteção da intimidade do âmbito constitucional também para os dados pessoais, de modo a resguardar a inviolabilidade das informações dos titulares no ambiente digital. O autor da PEC senador Eduardo Gomes, alega que “a proteção de dados pessoais é uma continuação da proteção da intimidade”, afirma também que “a proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional, e consideram que diversos países já adotaram normas sobre o tema. Isso porque o assunto, cada vez mais, na era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão. Com essa mesma linha de raciocínio a relatora do projeto senadora Simone Tebet, diz que “constitucionalizar a questão significa o Estado dizer que reconhece a importância do tema”, classificando esse direito à proteção de dados como fundamental. Ou seja, o Estado, a sociedade, o cidadão,

podem ter direito, como regra geral, ao conhecimento do outro, desde que haja realmente necessidade. Do contrário, é preciso preservar ao máximo a intimidade e a privacidade dos dados.

Ao se alterar o art. 22, inciso XXX da Constituição dando competência à União para legislar sobre essa matéria, a proteção de dados pessoais passaria a ser assunto de interesse geral e por isso a União trataria o tema de maneira uniforme, pois o assunto estaria ligado também ao desenvolvimento tecnológico do país que é de interesse nacional.

Inserir esse direito na Constituição Federal significa consagrar à esfera virtual dos cidadãos brasileiros o mesmo respeito que consagramos à sua esfera íntima na realidade. Isso implica, por fim, considerar que a proteção de dados pessoais é essencial aos cidadãos e deve ser levada em conta em conjunto com os demais preceitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

A PEC está para ser votada no Plenário da Câmara de Deputados para votação em dois turnos, mas o assunto está parado desde 04 de julho de 2019.

## **1.2 MP 954/2020 – Violação dos direitos fundamentais**

A Suprema Corte brasileira tem entendido que a proteção de dados está intimamente ligada à intimidade e à proteção da vida privada, um exemplo claro foi à suspensão da eficácia da MP 954/2020 que previa o compartilhamento dos dados dos usuários de telecomunicações com o IBGE, para o levantamento de dados estatísticos no combate a pandemia do coronavírus. A relatora Ministra Rosa Weber, votou pela manutenção da liminar que suspendeu sua eficácia e pelo voto é possível observar essa relação dos dados pessoais como já sendo observado como um direito fundamental. O voto da Ministra na ADI 6387 MC-Ref/DF:

[..] 5. Busca seja assentada a inconstitucionalidade material da MP n. 954/2020. Para tanto, assevera a necessidade de tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais, a teor do art. 5º, XII, da CF, que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ressalvada a relativização, nessa última hipótese, mediante ordem judicial e para fins de persecução penal. Argumenta com o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X,

CF), como fundamento do indivíduo para determinar e controlar, frente ao Estado, a utilização dos seus dados. Seguindo essa linha discursiva, aponta para a existência, no desenho constitucional brasileiro, de um direito fundamental à proteção de dados, na concepção de um direito à autodeterminação informativa, em que fundamenta, inclusive, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) (grifo nosso).

A Ministra Rosa Weber reconheceu que mesmo em cenários de urgência, a formulação de políticas públicas que demandem dados pessoais, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição, como o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Tal entendimento foi corroborado pelo plenário da Corte.

Podemos observar que o STF reconhece a proteção de dados como um direito fundamental implícito, mas para uma maior segurança jurídica no ordenamento brasileiro seria a inserção expressa no texto constitucional a melhor saída.

## **2 DIRETO À PRIVACIDADE E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS**

Apesar de fazerem parte dos direitos da personalidade, o direito à privacidade e o direito à proteção de dados possuem grandes diferenças. Podemos elencar que ambos são autônomos na sua atuação, o objeto de cada um é diferente na sua aplicação, a esfera de proteção que cada um oferece ao titular é diferente e sua previsão no ordenamento jurídico.

### **2.1 Direito à privacidade**

A proteção à vida privada é assegurada na Constituição Federal no seu art. 5º, X:

**Art. 5º. *In verbis***

(...)

**X** – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Além desse dispositivo legal, temos no art. 21 do Código Civil o seguinte:

**Art. 21.** A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma.

Em ambos os dispositivos é resguardada a proteção à vida privada, mesmo que na atual sociedade cada vez mais as pessoas se exponham voluntariamente a essas situações. Enquanto um dispositivo está elencado como direito fundamental na Constituição, o outro foi trabalho especificamente no Código Civil dentro do capítulo dos direitos da personalidade. Essa proteção visa resguardar ingerências do Estado ou até mesmo de novas tecnologias, pois o conceito de privacidade vai muito além do que pode ou não ser exposto pelo titular.

O limite do que é privado e público muitas vezes é mitigada por grande parte da sociedade, a percepção de que a privacidade está relacionada ao que é feito dentro do domicílio não está de todo errada, pois seria o local de refúgio, mas envolve um universo mais amplo que pode sofrer influências do tempo, cultura e características de cada indivíduo, ou seja, muito maior do que o domicílio. Isso tudo baseado no fato de que o titular tem o direito de que suas informações não sejam compartilhadas ou até mesmo “invadidas” sem o seu consentimento, não estando necessariamente dentro do seu domicílio.

A privacidade, portanto, é a não violação ou invasão da vida privada, ou seja, o titular é quem decide o que é privado ou não. O indivíduo não precisa compartilhar todas as suas informações privadas com o Estado, princípio da exclusividade, ele poder separar o que é público para proteger sua intimidade, é uma visão constitucional, pois é isso que nossa Carta Magna preconiza ao oferecer essa tutela de proteção.

## **2.2 Direito à proteção de dados**

Os dados pessoais são qualquer tipo de informação onde é possível identificar direta ou indiretamente um indivíduo, por exemplo: nome, RG, gênero, data de

nascimento, localização de GPS, renda, prontuário de saúde, hábitos de consumo, endereço de IP, entre outros. Observa-se que é mais amplo o seu alcance, pois estando de posse dessas informações é possível traçar perfis que muitas vezes não condiz com a realidade dos fatos.

Em uma sociedade cada vez mais digitalizada, os detentores desses dados pessoais têm alcançado um patamar nunca visto anteriormente e isso se tornou-se um negócio muito rentável. Os dados podem ser coletados de várias formas, desde uma consulta ao médico ou até uma simples pesquisa na internet onde navegadores armazenam *cookies*, que posteriormente vão traçar o perfil do usuário.

A proteção aos dados pessoais é mencionada inicialmente na Lei 12.965/14, a lei do Marco Civil da Internet, no artigo 3º, inciso III: [...]“proteção de dados pessoais, na forma da lei;[...].”

A LGPD veio trazer essa proteção que até então não existia, lei que entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020.

### **2.3 Caso Edward Snowden – dados nas mãos erradas**

Um caso emblemático relacionado à proteção de dados foi o caso de Edward Snowden, um analista de sistema da CIA que divulgou informações secretas da NSA em 2013 sem autorização. Ele foi acusado de roubar informações de propriedade do governo e divulgá-las. Isso abriu uma série de discussões, pois abrimos um precedente sobre até onde os dados pessoais são mesmo sigilosos e como as autoridades obtém esses dados, uma vez que, sabemos que essa apropriação se dá, muitas vezes, de forma ilícita.

Podemos observar que a proteção à privacidade e a proteção aos dados pessoais são diferentes em seu alcance, enquanto o primeiro envolve um conceito que pode variar de indivíduo para indivíduo, o segundo é mais abrangente, pois à proteção de dados pessoais envolve questões como privacidade, liberdade de expressão, liberdade de acesso à informação, direito de não ser discriminado entre outros.

O direito à privacidade e à proteção de dados não é somente uma questão relacionada ao vazamento das informações pessoais, mas também tem o intuito de evitar a má intenção de alguns de se beneficiar financeiramente em detrimento dos indivíduos.

### **3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS SUAS CARACTERÍSTICAS**

Antes de adentrarmos nos objetivos e fundamentos da LGPD é importante um breve histórico de como era a proteção de dados pessoais no cenário brasileiro.

#### **3.1 A legislação de proteção de dados no Brasil ao longo da história**

O Brasil adotou em sua Constituição de 1988 alguns pontos em relação à proteção de dados, mas não de maneira expressa, como podemos perceber no seu art. 5º, inciso X, onde fala sobre a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Mas a grande diferença aconteceu em 1990, com a criação do Código de Defesa do Consumidor que trouxe a seção VI sobre cadastros e banco de dados. A legislação defende o direito do consumidor em acessar os dados que uma empresa tem sobre ele e solicitar sua correção, caso alguma informação esteja incorreta. É o que podemos observar no art. 43 do CDC:

**Art. 43.** O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

**§ 1º** Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos;

**§ 2º** A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele;

**§ 3º** O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no

prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas;

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público;

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Outros artigos deixam claro sobre a responsabilidade das empresas que não garantem a privacidade e segurança desses dados dos titulares. Um avanço para época na qual os consumidores ficavam muitas vezes desprotegidos em suas relações de consumo.

Percebe-se que apesar de proteger os dados pessoais, esses artigos não foram pensados na população como um todo e sim nos consumidores mediante suas relações de consumo, ou seja, se não tenho uma relação comercial os dados pessoais na teoria não estarão protegidos.

Nesse lapso temporal de 1993 até 2014, a única legislação que se aproximava do assunto de proteção de dados era do CDC, o que era limitado, pois dados pessoais não se restringem as relações de consumo. Era necessário regras para o uso da internet no Brasil – princípios, garantias e deveres.

A lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, nasce uma norma específica sobre garantias e direitos em relação à Internet dentro do território nacional. Uma curiosidade sobre essa lei foi que sua elaboração contou com a participação de toda a sociedade, pois havia a possibilidade de regulamentação da Internet por meio de leis penais através de um movimento legislativo. O Marco Civil atinge mais de 100 milhões de usuários brasileiros, e empresas que operam em território nacional, oferecendo produtos e serviços associados à internet.

A proteção da privacidade e dos dados pessoais são considerados a essência dessa legislação, mas outros pilares foram introduzidos na mesma como a neutralidade da rede, liberdade de expressão e fiscalização.

A grande virada na legislação a respeito da proteção de dados pessoais só aconteceu em 2018 com a criação da lei 13.709 – Lei Geral de Proteção de Dados que entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020.

### **3.2 Lei geral de proteção de dados**

A sociedade vem passando por várias mudanças ao longo do tempo e nunca o estudo de dados pessoais esteve em tanta evidência.

A sociedade de hoje é resultado de uma revolução gerada pela informação, razão pela qual ela é comumente chamada “sociedade da informação”. O grande fluxo informacional que circula rapidamente de um lado a outro do planeta por meio das novas ferramentas de tecnologia e de comunicação mostra que a informação é uma orientadora e permeadora das relações, fortalecendo-as (por um lado) e permitindo o surgimento de novas a partir da derrubada das barreiras físicas. Nos dias de hoje, é possível acompanhar fatos que acontecem em um país muito distante em tempo real através da televisão, manter conversas simultâneas com várias pessoas de vários lugares, trocando vídeos e fotos, através das redes sociais e descobrir qual a melhor rota para ir de um lugar a outro sem pegar trânsito por aplicativos de celular em apenas alguns segundos – e enquanto dirige, no breve tempo do sinal vermelho do semáforo. (MENDONÇA, 2014, p.2)

Hoje em dia os dados são um novo tipo de moeda e aqueles que detêm o poder de captá-los ou gerá-los muitas vezes pode determinar as regras do jogo. É nesse contexto que o Estado tem que atuar na proteção do indivíduo que muitas vezes sofre essa interferência sem qualquer conhecimento.

A lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, disciplina as atividades de tratamento de dados pessoais e tem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo.

Vale salientar, que a legislação brasileira teve uma grande influência da legislação europeia no quesito proteção de dados. A GDPR<sup>3</sup> é o regulamento de proteção de dados dos países membros da União Europeia vigente desde 25 de maio de 2018 e acabou tornando-se referência para legislações em todo mundo.

---

<sup>3</sup>General Data Protection Regulation - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

No Brasil a LGPD surge como primeira legislação que efetivamente regulamenta o tema de forma ampla, já que até então a regulamentação era feita de forma esparsa.

### **3.2.1 Dados Pessoais**

Entende-se por tratamento todas as ações que são feitas com os dados pessoais desde a sua coleta até a sua exclusão.

A LGPD é aplicada tanto para tratamento de dados feitos por empresas privadas ou órgãos públicos, quanto para tratamento de dados feitos por pessoas físicas com finalidades econômicas.

O conceito de dados pessoais não é aquilo que nos identifica de forma precisa e imediata, como por exemplo, CPF, RG ou qualquer outra forma de identificação precisa, mas tudo que de uma forma direta (identificada) ou indireta (identificável) possa identificar o titular desses dados pessoais.

Dentro do gênero “dados pessoais” temos a espécie “dados pessoais sensíveis” que dependendo do seu conteúdo podem levar a condutas discriminatórias contra seus titulares e por isso merecem uma proteção especial.

Mas a lei traz também os chamados “dados anonimizados” que não permitem a identificação do titular através de meios técnicos razoáveis, esses dados não são considerados dados pessoais.

### **3.2.2 Princípios**

Na LGPD os princípios são parte fundamental para seu entendimento, pois eles vão direcionar sua aplicabilidade. Em seu art. 6º encontramos 10 princípios:

1. Finalidade: o tratamento de dados pessoais necessita ter uma finalidade específica que deve ser informada ao titular desde o início, se houver algum desvio de finalidade no tratamento desses dados ele não estará em conformidade com esse princípio;

2. Necessidade: a coleta de dados deve ser necessária para a finalidade que se destina, não é necessário recolher dados que não terão uma destinação específica;
3. Transparência: aos titulares dos dados são asseguradas informações claras sobre o que será feito com seus dados;
4. Qualidade dos dados: os dados de um banco devem ser precisos e exatos, sua qualidade deve ser intacta;
5. Não discriminação: garantir que o tratamento de dados pessoais não terá finalidade discriminatória, abusiva ou ilícita;
6. Segurança: todo processo de tratamento de dados deve ser realizado da forma mais segura possível;
7. Adequação: o tratamento de dados deve ser adequado com a sua finalidade;
8. Livre Acesso: o titular deve possuir acesso de forma fácil e gratuita aos seus dados;
9. Prevenção: medidas para prevenir a ocorrência de danos aos titulares dos dados pessoais;
10. Prestação de Contas: buscar todos os meios disponíveis para demonstrar a adoção de medidas para mitigação dos riscos e cumprimento das normas de privacidade e proteção de dados.

### **3.2.3 Bases Legais, vigência e punições da LGPD**

Para o tratamento de dados pessoais é necessário que ele seja legitimado e pautado em bases legais, pois a captação dessas informações não pode se realizar sem uma limitação legal e ciência do titular dos dados, ou seja, as bases legais são as hipóteses em que a Lei traz autorização das empresas para o tratamento dos dados.

Uma base legal não se sobrepõe a outra, não existe uma mais importante que a outra, elas têm o mesmo grau de importância.

As bases legais são encontradas no art. 7º, são elas: a) Consentimento: é a permissão do titular de forma clara, específica e livre de que ele autoriza a coleta dos

seus dados pessoais. O conceito traduzido pela lei vai muito além dos modelos “li e concordo com os termos” ou *checkbox* já marcado que muitas empresas se utilizam. Essa prática para a LGPD não é válida, por esse motivo as empresas e até o próprio ente público terão que criar formas de conseguir esse consentimento do titular; b) Obrigação legal: para o cumprimento de uma legislação obrigatória é necessário o tratamento de dados, ou seja, existe uma lei que obriga o controlador a tratar aquele dado pessoal. Nesses casos não precisa do consentimento do titular dos dados devido a essa obrigação legal; c) Exercício regular do direito em processo: não será necessário o consentimento do titular dos dados nos casos que envolverem as pessoas jurídicas de direito público. No que se tratar de processos administrativos, judiciais e arbitrais; d) Execução de contrato: para garantir a execução de um contrato não é necessário o consentimento do titular; e) Tutela da saúde: essa base está relacionada à prestação de serviços ligados à saúde realizados por profissionais da saúde ou entidades sanitárias. Mas a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD – deve regular quem são esses profissionais, porque a lei não especificou e isso abre margem para várias interpretações; f) Proteção da vida: é permitido o tratamento de dados pessoais quando identificado estado de perigo ou risco de vida do titular. Vale salientar, que o perigo tem que ser iminente para que o tratamento dos dados seja realizado; g) Políticas públicas: destinada à administração pública, ela legitima o ente público para o tratamento dos dados sem o consentimento do titular para a aplicação de políticas públicas; h) Proteção ao crédito: ela visa o tratamento de dados relacionado à proteção de crédito, com o objetivo de diminuir o risco de inadimplência nos casos de concessão de crédito, basicamente essa base é voltada para as instituições financeiras. Outra característica bem peculiar é que essa base é exclusiva em nossa legislação e por isso não existe referência em outras legislações externas; i) Pesquisa: os dados pessoais poderão ser tratados para a realização de pesquisas; j) Legítimo interesse: o controlador dos dados tem que demonstrar o real/legítimo interesse para deter os dados. Entende-se que não é qualquer tipo de legítimo interesse, transformando essa base na mais genérica, pelo contrário os dados devem ser utilizados estritamente para a sua finalidade.

Com a entrada em vigor da LGPD no dia 18 de setembro de 2020, as disposições, direitos e obrigações previstas em lei já estão sendo aplicadas, com exceção das sanções administrativas previstas no art. 52 e seguintes que passarão a ter eficácia a partir de agosto de 2021.

A aplicação dessas penalidades será realizada por meio da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), a lei prevê sanções administrativas que vão desde advertência até suspensão e bloqueio do banco de dados referentes às infrações.

#### **4 CONSENTIMENTO: FERRAMENTA CHAVE PARA O TRATAMENTO DE DADOS**

Muito se fala sobre o consentimento no tratamento de dados por parte do titular, mas o que seria o conceito de consentimento? De acordo com o dicionário online de português consentimento é: licença; dar permissão, ação de manifestar aprovação em relação a alguma coisa.

Dentro da LGPD o consentimento é uma das bases legais para o tratamento de dados, ou seja, o titular dos dados tem que ter ciência de que seus dados pessoais serão captados e tratados para uso, e é nessa fase que encontramos a autodeterminação informacional, a capacidade participativa do titular em autodeterminar como será a participação dos seus dados pessoais. O art. 5º, XII é bem claro ao dizer o que é consentimento por parte do titular dos dados:

**Art. 5º** Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

Não basta somente aplicar técnicas pré-formatadas onde o titular é forçado a concordar. O consentimento precisa ser livre, onde o titular tem a liberdade de escolha sobre quais tipos de dados serão tratados, se houver qualquer tipo de imposição ou

condição do controlador que impeça essa liberdade do titular ela não será válida. Nas palavras de Bruno Bioni (2019, p. 185-186), “o consentimento se torna granular, por meio do qual o cidadão pode emitir autorizações fragmentadas no tocante do fluxo de seus dados [...]”.

Por sua vez, o consentimento do titular dos dados antes da sua coleta tem que ser informado, ou seja, ele tem que ser amplamente informado de como eles serão tratados, esse requisito está ligado ao princípio da transparência, mas também é encontrado, no art. 9º:

**Art. 9º:** O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso [...].

Vale salientar, que essa etapa do consentimento é a primeira a ser realizada.

Nesse sentido, a LGPD considera que, quando o fornecimento de dados pessoais for condição para o acesso a algum tipo de produto ou serviço, o cidadão deve ser informado a respeito e sobre os meios pelos quais ele pode exercer seus direitos, dentro os quais a revogação do consentimento. (BIONI, 2019, ps. 185-186).

Além disso, o consentimento deve ser inequívoco, ou seja, o titular tem que manifestar seu consentimento de maneira clara para que não haja dúvidas ou qualquer tipo de insegurança para quem for realizar o tratamento. Essa manifestação se baseia no princípio da finalidade que a LGPD traz, onde o tratamento de dados tem que ter uma finalidade específica para sua coleta, dessa forma quando se fala em consentimento inequívoco ele tem que ter um direcionamento, não pode ser genérico.

Não há para essa base legal espaço para dúvida, o titular tem que dar seu consentimento para o tratamento de dados, não será aceito resposta tácita, silêncio ou pré-definida e a não observância desses requisitos pode trazer consequências negativas para o controlador desses dados.

Com a criação da LGPD o consentimento do titular dos dados ganhou um protagonismo importante, ocorre uma autonomia muito maior para o indivíduo em controlar suas informações.

Vale salientar, que antes da implantação da LGPD o tema consentimento já havia sido tratado em outros dispositivos infraconstitucionais, como o CDC em seu art. 43 que confere ao consumidor a possibilidade de controlar suas informações em relação a cadastros, fichas e afins. Na lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) o consentimento é tratado, no art. 7º, VII e IX:

**Art. 7º:** O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

(...)

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

Temos ainda no art. 16, II:

**Art. 16.** Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

(...)

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Apesar de o consentimento ser uma das bases legais da LGPD e hierarquicamente ela está no mesmo nível das demais, ela não deixou de ser o cerne principal.

O consentimento não deixou de ser o seu vetor principal. Isso porque uma análise detida dos princípios e a maneira pela qual a LGPD dissecou tal elemento ao longo do seu corpo normativo acabam por revelar uma forte preocupação, sobre qual deve ser a carga participativa do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais. (BIONI, 2019, p.127).

#### 4.1 O consentimento em casos especiais

A LGPD trouxe situações em que o consentimento do titular em relação aos seus dados seria ainda mais rigoroso. São eles:

Dados sensíveis são aqueles elencados no art5º, II:

**Art 5º. In verbis**

(...)

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Somente poderá ocorrer o tratamento se o titular autorizar de forma específica e destacada. Mas especificamente no art. 11, inciso II temos as exceções ao consentimento do titular em relação ao tratamento de dados pessoais sensíveis, são eles: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos.

Dados de criança e adolescente, o consentimento deverá ser fornecido por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal de forma clara e específica. No art. 14, §3º, encontramos a única possibilidade de coleta de dados de criança e adolescente se for para contatar os pais.

Percebe-se nesses tipos de dados pessoais uma preocupação com a fragilidade dessas informações, pois usadas de forma errada podem trazer consequências irreversíveis para o titular.

O consentimento tem que ser cada vez mais difundido entre os titulares, pois estando de posse desse conhecimento, a desigualdade informacional tende a ser cada vez menor, pois sendo o titular dos dados o sujeito com maior vulnerabilidade se faz necessário medidas mais protetivas.

Além disso, temos ainda a autodeterminação que é o direito do indivíduo de decidir dentro de quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados. O artigo 2º, inciso II, da LGPD elenca a autodeterminação informativa como um dos fundamentos da proteção dos dados pessoais.

O titular tem o direito de limitar o que será tratado ou não, mais uma vez o consentimento está atrelado a esse instrumento.

Segundo Bruno Bioni (2019, 103), “normas de proteção de dados pessoais sempre tiveram a dupla função de não só garantir a privacidade e outros direitos fundamentais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico”. A LGPD traz em seu art. 2º, incisos V e VI:

**Art. 2º** *In verbis*

(...)

V - Desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI- Livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos o desenvolvimento econômico.

Esses fundamentos demonstram que o legislador não queria por um limite ao avanço tecnológico ou a livre iniciativa, pelo contrário, isso só demonstra que a proteção de dados pessoais pode ser aplicada ao desenvolvimento do país. Podemos observar que o consentimento terá uma influência direta na autodeterminação e no desenvolvimento econômico, onde se faz necessário um equilíbrio.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do que foi exposto é possível observar que o tratamento de dados é um assunto que deve ser discutido em todas as esferas da sociedade. Em um mundo cada vez mais globalizado os dados pessoais transitam de forma cada vez mais rápida e muitas vezes sem um controle por parte do titular dos dados.

O presente artigo procurou discutir como a LGPD pode influenciar na garantia fundamental de proteção à privacidade e a possibilidade de elevar a proteção dos dados pessoais a essa garantia. Apesar da LGPD ser uma lei infraconstitucional que busca um tratamento especial à proteção de dados e mencionar em seu texto os direitos fundamentais (art. 2º), ela não apresenta a proteção de dados como tal. Outro fator a se levar em consideração, é que por ser uma legislação infraconstitucional ela pode ser alterada a qualquer momento pelo legislador.

O objetivo da PEC nº 17 é buscar uma proteção constitucional mais ampla aos titulares desses dados e uma competência privativa a União para legislar sobre esse assunto. Além do mais, ao elevar a proteção de dados ao nível constitucional colocará o Brasil em consonância com a jurisprudência e legislação europeia, legislação essa que muito influenciou a criação da LGPD.

Consagrar uma proteção à esfera virtual dos titulares dos dados à Constituição é o mesmo que dar a proteção a esfera íntima do titular e com isso garantir uma proteção para a parte teoricamente mais fraca, o titular dos dados.

## **GENERAL DATA PROTECTION LAW AND ITS APPLICATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT**

### **ABSTRACT**

This article discusses how data protection can be listed as a fundamental guarantee, where the General Data Protection Law, being an infra-constitutional law, can directly influence the processing of data and thus allow greater protection to the data subject. The article was elaborated based on bibliographical research and, still with the analysis of some legislations such as the Federal Constitution of 1988, which

lists the fundamental guarantees, such as the General Data Protection Law, which deals in a specific and detailed manner the subject of data protection, complementing the Marco Civil da Internet where it was omitted in certain areas.

**KEYWORDS:** Fundamental right. Privacy. Protection of personal data.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCATARA, Larissa Kakizaki de. **Big Data e Internet das Coisas: Desafios da Privacidade e da Proteção de Dados**. São Paulo: Independente. 2017.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Livre Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF, 05 de Out. 1988, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09. set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Código Civil Brasília, DF, 10 jan. 2002, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 08. out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965/14 de 24 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 15. Set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providencias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em 11. out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 08. ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019.** Disponível em: [https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/\\_materia/135594](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/_materia/135594). Acesso em: 19. ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 954, de 2020.** (Compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante a emergência de saúde pública). Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>. Acesso em: 01 de julho de 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387.** DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 21. ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO. **Objetivo e Abrangência da LGPD.** Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd>. Acesso em: 05. ago. 2020.

FRA. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados.** Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado.** Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>. Acesso em: 08. ago. 2020.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à Autodeterminação Informativa: a (Des) Necessidade de Criação de um Novo Direito Fundamental para a**

**Proteção de Dados Pessoais no Brasil.** Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11702>. Acesso em: 26. ago. 2020.

## **MATERNIDADE E CÁRCERE: OS REFLEXOS CAUSADOS AOS FILHOS QUE VIVEM NO SISTEMA PRISIONAL**

**Nathália Ádrian Azevedo Teixeira<sup>1</sup>  
Ricardo Ferraz Braida Lopes<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

Apesar de o Brasil ser um país em constante crescimento, os estudos em relação às mulheres presas com filhos menores são ainda pouco produzidos. O presente projeto aborda as diretrizes do direito ao exercício da maternidade em relação aos reflexos causados ao filho durante a execução da pena da mãe. Apresenta dados do sistema carcerário feminino brasileiro, abordando as especificidades das mulheres que vivem neste ambiente, quanto sua idade, cor, nível de escolaridade e natureza dos crimes cometidos. Expõe as garantias e direitos inerentes às mães presas, bem como dos filhos que vivem no ambiente prisional. Analisa a ineficácia da Lei e do Habeas Corpus Coletivo frente às necessidades da criança, onde se verifica a violação do convívio familiar, da falta de ambiente adequado aos cuidados com os filhos dentro dos presídios, bem como da infração ao princípio da responsabilidade legal. Por fim, apresenta a possibilidade da aplicação de monitoramento eletrônico para a solução do embate dos direitos essenciais à criança e da sanção penal aplicada à mãe.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mãe. Filho. Cárcere. Direitos. Sistema Prisional.

### **INTRODUÇÃO**

---

<sup>1</sup>Graduada em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos (FUPAC). Advogada. Pós-graduanda em Ciências Penais. E-mail: [nathaliaadrianat95@gmail.com](mailto:nathaliaadrianat95@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2020), e professor no curso de Direito no Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora (MG).

O presente estudo tem como tema o sistema prisional feminino brasileiro e os filhos que vivem no cárcere. Assim, será analisado o exercício do direito à maternidade e os reflexos sobre os direitos fundamentais da criança. Diante desta realidade questiona-se: A permanência dos filhos de mães presas no ambiente carcerário afronta o princípio da intranscendência?

O trabalho incide no fato de que a partir do momento em que a mãe decide exercer a maternidade dentro do sistema prisional, a criança perde o direito à educação, liberdade, ao convívio familiar e a crescer em um ambiente apto ao seu desenvolvimento.

Neste sentido, a justificativa do estudo é baseada na busca da proteção dos direitos e garantias das crianças que vivem com as mães em ambientes prisionais. Para tanto, inicialmente, se analisa as especificidades do gênero feminino frente a atual situação dos presídios brasileiros. Logo depois, elenca os direitos inerentes às mães e conseqüentemente dos filhos. Por fim, apresenta hipóteses para solucionar ou ao menos diminuir os danos causados ao filho. Verifica-se que a mãe privada de liberdade perde, na maioria das vezes, o direito de exercer a maternidade, mas, por outro lado, a permanência do filho em estabelecimento prisional viola os direitos essenciais à criança e prejudica o seu desenvolvimento.

Outro ponto importante a ser destacado é que a doutrina que envolve a maternidade e o cárcere é encontrada em grande demanda, entretanto, existe uma lacuna em relação ao Habeas Corpus Coletivo concedido recentemente às mães com filhos de até 12 anos de idade que estão em prisão preventiva, onde substitui pela prisão domiciliar. A problemática a ser debatida ocorre ao redor da abrangência dessa substituição, pois não atinge mulheres em andamento da execução penal.

Portanto, o trabalho visa investigar a situação em que vivem essas crianças e quais são os danos causados. Desse modo, busca compreender o funcionamento do sistema carcerário e o impacto que provoca nas famílias. Utiliza-se de uma abordagem qualitativa interpretando os dados coletados para a elaboração. O objetivo ocorre na forma explicativa, investigando a causa do problema. Os métodos utilizados são o jurídico-descritivo e propositivo. A coleta de dados é concretizada na forma bibliográfica, baseada em artigos científicos, livros e legislação.

## **1 O SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO**

O Brasil é considerado um país com alto potencial, que está em constante desenvolvimento, mas, por outro lado, existem assuntos que merecem maior atenção do Estado, como por exemplo, o sistema prisional feminino. Pouco se fala sobre a prisão feminina no Brasil, talvez porque a incidência de mulheres no sistema carcerário seja baixa comparada ao público masculino. A sociedade está acostumada a atrelar a figura feminina à fragilidade, na maioria das vezes associada à figura da vítima no caso concreto. Apesar do aumento do encarceramento, a prisão feminina é abordada de forma genérica, com poucos estudos aprofundados sobre o assunto.

A igualdade de gênero é tema que pouco aparece no contexto do cárcere e nas políticas públicas de reintegração social. A forma como os mecanismos de controle social foram delineados ao longo da história parecem ignorar a existência das mulheres, o que se reflete nas respostas do Estado ao crime, revelando uma atuação estatal que não contempla políticas públicas voltadas para a questão feminina (COSTA, 2011, pág. 01).

A taxa de criminalidade feminina vem aumentando e ganhando espaço na área criminal cuja justificativa pode ocorrer pela participação cada vez mais ativa da mulher no mercado de trabalho. Vale ressaltar que o índice da criminalidade feminina cresce de acordo com a igualdade entre os sexos, pois quanto mais as mulheres buscam alcançar essa igualdade, maior é a presença feminina na prática de delitos (SILVA, 2014).

Até o ano de 1940, não existia a separação de gênero no ambiente carcerário. Logo, as mulheres presas eram ou não separadas dos homens conforme as condições de cada local. Foi com o art. 29, do Código Penal de 1940 que esse direito surgiu: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno”. (SILVA, 2014). Além de garantir a dignidade dentro do sistema carcerário, a separação de homens e mulheres teria que ocorrer também para tranquilizar as

prisões masculinas. (SOARES; IIGENFRITZ apud SILVA, 2014). “Objetiva-se, na separação de homens e mulheres, afastar violências de ordem sexual e a própria promiscuidade entre eles”. (AVENA, 2017, p.163-166).

Os estabelecimentos carcerários foram pensados e criados para os homens, já que a taxa de criminalidade feminina era consideravelmente baixa. Entretanto, o encarceramento feminino cresce cada vez mais e, por falta de ambiente adequado, muitas mulheres são instaladas em estabelecimentos mistos e masculinos, apesar de ter o direito de permanecer em presídios distintos dos homens. As prisões são planejadas para homens e suas regras definidas por homens, onde as regras não cuidam das necessidades específicas às mulheres. (LEMGRUBER apud BERNARDI, 2014). O processo de criação dos presídios não observou que a mulher tem necessidades diferentes dos homens. Vislumbra-se que “o sistema carcerário brasileiro trata as mulheres exatamente como trata os homens”, não se preocupam se elas precisam de papel higiênico, absorvente, e outros artigos necessários à higiene.

### **1.1 DADOS DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO**

Nosso país ocupa o 4º lugar no ranking mundial entre os doze países com maior população prisional feminina, registrando mais de 42 mil mulheres presas em 1.418 unidades prisionais. (INFOPEN - Mulheres 2018, p. 10).

As unidades que participaram do levantamento somam 27.029 vagas disponibilizadas para mulheres, o que compõe uma taxa de ocupação de 156,7% e um déficit global de 15.326 vagas, somente entre mulheres. Se considerarmos os dados populacionais globais, teremos, em Junho de 2016, uma taxa de 40,6 mulheres presas no Brasil para cada grupo de 100 mil mulheres. (INFOPEN MULHERES, 2018, pág. 11).

O número de mulheres presas no Brasil varia entre os estados. Verifica-se que o Estado de São Paulo concentra a maior taxa de mulheres privadas de liberdade, totalizando 15.104 pessoas. O segundo lugar fica com o estado de Minas gerais, com 3.279 mulheres. (INFOPEN - Mulheres 2018, p.12).

Gráfico 1. População carcerária feminina por estado.



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, Junho/2016.

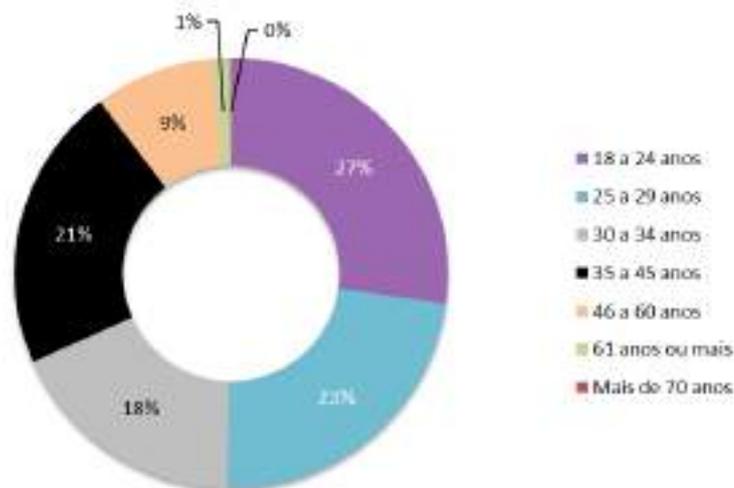
O Brasil não encontra um parâmetro se comparado com os países que mais encarceram mulheres no mundo. Em um período de 16 anos, a taxa de prisão de mulheres cresceu 455%, sendo que no mesmo período, a Rússia diminuiu 2% o encarceramento de mulheres no país. (INFOPEN, 2018, p.13).

### 1.1.1 O perfil da população feminina

O sistema prisional feminino brasileiro tem quase 30% de sua população formada por jovens entre 18 e 24 anos, ou seja, são mulheres, jovens, e na maioria das vezes, mães. Alguns estados como Acre, Pará, Sergipe, Tocantins e Rio

Grande do Norte, chamam atenção, pois o número de jovens presas ultrapassa 70% da população absoluta. (INFOPEN – Mulheres, 2018, p.37 e 38).

Gráfico 2. Faixa etária das mulheres presas no Brasil



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, Junho/2016.

Ainda sobre o perfil da população carcerária feminina, podemos verificar que o nível de escolaridade das mulheres presas em penitenciárias brasileiras também é assustador, pois apenas 15% da população carcerária concluiu o ensino médio. (INFOPEN – Mulheres, 2018, p.43). Ressalta-se que existe uma relação entre a taxa de criminalidade e o baixo índice educacional, pois quanto menos as pessoas frequentam os ambientes escolares, maiores são as chances de envolver-se no mundo do crime. “Se o Brasil é um país em que os índices de violência são altos e os de qualidade da educação são baixos, não é surpreendente apontar que é grande o contingente de pessoas presas”. (ORMENO; PEREIRA, 2013, p. 67). O motivo para a vulnerabilidade do ensino dessa categoria justifica-se pela desmotivação, pobreza e sensação de incapacidade perante aos colegas.

Do mesmo modo, o relatório do INFOPEN – Mulheres menciona que a maioria das mulheres presas no país são negras, compondo 62% das pessoas ouvidas na pesquisa. Estamos falando de um total de 25.581 mulheres negras dentro de ambientes carcerários. Fato que chama atenção é que no estado do Ceará, 94%

das mulheres presas são negras, enquanto apenas 5% são brancas. (INFOPEN – Mulheres, 2018, p.40 e 42). “Duas em cada três mulheres presas no Brasil são negras”, diz advogada do ITTC, Maria Claudia D’Ávila<sup>3</sup>.

Em meio a essas especificidades, destaca-se que grande parte dessas mulheres são mães ou gestantes, responsáveis principais da criação dos filhos. Segundo dados coletados pelo INFOPEN – Mulheres, dentre as mulheres que prestaram informações, 74% são mães, sendo que 7% tem 6 filhos ou mais. O impacto gerado às mães e seus filhos provocam uma situação de vulnerabilidade violando direitos essenciais devido à privação da liberdade.

### **1.1.2 Natureza dos crimes**

Para analisar a natureza do crime praticado por mulheres é necessário entender as causas, ou de certo modo, os motivos que as fazem ingressar nesse mundo. A pobreza e a falta de instrução para o trabalho são alguns fatores que contribuem para a prática delituosa. Além disso, boa parte das mulheres encarceradas cresceu em um ambiente desorganizado, sem estrutura familiar adequada, e na pior das hipóteses em um espaço violento.

Em detrimento dos demais tipos penais, o tráfico de drogas é o delito mais praticado por mulheres no Brasil. Vale destacar que 62% dos crimes cometidos por essa população estão relacionados ao tráfico de drogas. (INFOPEN – Mulheres, 2018, p.54). O que mais impressiona é que esse mesmo delito é praticado por apenas 15% dos homens com relação aos outros crimes. As mulheres atribuem o envolvimento no tráfico às relações conjugais, pois muitas delas adotam a função de submissa aos homens que amam, acabando por envolver-se nesse tipo de crime. (ANGELO, 2016).

Ressalta-se que a figura feminina desde os tempos antigos, busca proteger a família e os filhos, e por esses motivos acabam se envolvendo no mundo do tráfico. A

---

<sup>3</sup> Maria Claudia D’ávila é advogada do ITTC.

mulher é vista como âncora, e são coagidas a entrar no universo do crime para proteger seus parentes, onde muitas vezes estão presos. São mães, esposas, irmãs, que são obrigadas a praticar um crime para salvar a família e até a própria vida. As mulheres são alvos fáceis para os traficantes, pois a sociedade não costuma desconfiar das mesmas (SILVA, 2014). Nesse sentido, “uma explicação possível para esse fenômeno é a facilidade que a mulher possui para circular com a droga pela sociedade, por não se constituir em foco principal da ação policial”. (RIBEIRO apud SILVA, 2014).

## **2 O TRATAMENTO DA LEI**

Conforme exposto acima, a maior parte das mulheres presas são mães. Entretanto, as particularidades e necessidades femininas não são analisadas de forma correta pela organização prisional. A mulher quando é privada de sua liberdade apresenta várias distinções relacionadas ao gênero e as mais importantes estão relacionadas à maternidade. (SANTA, 2007). Dentre essas necessidades está a questão do exercício da maternidade no presídio e o convívio da mãe apenas com seus filhos. Para assegurar os direitos e garantias inerentes à mãe, a CF/88 e a LEP dispõem de alguns artigos que serão abaixo mencionados.

No que diz respeito à maternidade, a mãe tem direito ao aleitamento materno do filho recém-nascido. A Constituição Federal permite que a criança permaneça com a mãe durante o período de amamentação, conforme o inciso L, do art. 5<sup>o</sup>. Além disso, é dever do poder público, instituições e empregadores fornecer condições apropriadas ao aleitamento materno, até mesmo aos filhos com mães privadas de liberdade, conforme o art. 9<sup>o</sup>, ECA.

Do mesmo modo, ressalta-se que a mãe não perde a guarda de seu filho ao ser presa, salvo se cometeu crime doloso contra o próprio filho e se a pena for de

---

<sup>4</sup> Art. 5<sup>o</sup>: “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

<sup>5</sup> Art. 9<sup>o</sup> “O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

reclusão. A guarda fica suspensa enquanto se aguarda a decisão final ou quando a sentença transitada em julgado tenha pena não superior a 2 (dois) anos de prisão<sup>6</sup>.

Em 2009 a Lei 11.942, alterou o art. 14 da Lei de Execução Penal, acrescentando o §3<sup>o7</sup>, onde garante às mulheres o acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Também modificou o art. 83 da LEP, acrescentando o §2<sup>o8</sup>, onde os estabelecimentos penais femininos devem ter berçários destinados aos cuidados dos filhos, bem como à amamentação até os 6 (seis) meses de idade. Também foi inserido no art. 89<sup>9</sup> que as penitenciárias femininas devem ter seção para gestante e parturiente, além de creches para crianças maiores de 6 anos e menores de 7. O parágrafo único do art. 89 elenca tais requisitos:

Parágrafo único. “São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

- I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
- II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável”.

Para compreender as diretrizes sobre as garantias dos filhos e os efeitos que a pena da mãe pode causar ao seu desenvolvimento, é necessário fazer algumas considerações sobre o tratamento da Lei e Jurisprudência.

## **2.1 OS FILHOS QUE VIVEM NO CÁRCERE**

---

<sup>6</sup> PODER JUDICIÁRIO, Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da Mulher Presa. Brasília, 2012.

<sup>7</sup> § 3o “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” (NR).

<sup>8</sup> § 2o “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.” (NR).

<sup>9</sup> Art. 89 “Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

Quando uma mulher é presa, os reflexos da penalidade ultrapassam a figura da apenada e acabam atingindo a família. Os danos são ainda piores quando se trata de mães ou gestantes, pois a criança que nasce e vive em um ambiente carcerário não tem as mesmas condições de uma criança normal, uma vez que se coloca frente a um universo triste, sem condições básicas de sobrevivência. A partir do momento em que a mãe decide exercer seu direito à maternidade, mantendo o filho dentro do sistema carcerário, os direitos fundamentais da criança são violados. (MATTE, 2009). Vislumbra-se que “essa criança, diferente das outras que estão ‘livres’, poderá sofrer algum tipo de dano, pois iniciam suas vidas no alojamento conjunto de uma prisão, onde são privadas de conviver na sociedade livre”. (ARMELIN, 2010, p. 02).

### **2.1.1 Garantias dos filhos**

A criança passa por uma série de etapas desde o seu nascimento e precisa ser cuidada e amparada. Toda criança necessita de carinho, amor, afeto, proteção, além do vínculo familiar que é muito importante para o seu desenvolvimento.

Desta sorte, a convivência em família é, sem dúvida, um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção. (MACIEL, 2016, p. 144).

Não é preciso muito para observar que a criança tem inúmeras diferenças em relação ao adulto. São seres frágeis, sensíveis, que ainda estão em desenvolvimento e que infelizmente são expostas a um mundo cruel. O art. 227<sup>10</sup>, da CF/88, particulariza e elenca que são direitos fundamentais da criança e do adolescente a vida, saúde, liberdade, convivência familiar, entre tantos outros.

---

<sup>10</sup> Art. 227 “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Dentre os direitos essenciais da criança estão o direito à liberdade, respeito e dignidade, elencados no art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>11</sup>. Nota-se que o menor de idade precisa ser livre para brincar, estudar, crescer em um ambiente saudável e apto ao seu desenvolvimento. Muito embora a liberdade seja um direito de todos, este nem sempre é respeitado. Como já citado, a LEP dispõe que o filho pode ficar com sua mãe no sistema prisional até os 7 (sete) anos de idade, mas, por outro lado, tal situação atenta para os reflexos ocasionados pela drástica situação dos presídios femininos brasileiros. Vejamos que a “prisão não é lugar para criança” (MATTE, 2009), pois mesmo em companhia e cuidados da mãe, os filhos estão expostos a danos e a uma situação de total calamidade. A partir disso surgem questionamentos em relação a essa exposição da criança que vive em estabelecimentos prisionais. Questiona-se: Seria adequado cuidar de um filho dentro desse ambiente?

Pensando nessas necessidades indispensáveis, o Código de Processo Penal permitiu, desde Março de 2016, como forma de exceção, que o juiz substitua a prisão preventiva de mulheres grávidas e com filhos de até 12 anos por regime domiciliar, expresso no art. 318, inciso V<sup>12</sup>. Importante ressaltar que essa substituição ocorre nos casos de prisão preventiva, uma das espécies de prisão cautelar, que pode ser decretada no decorrer das investigações como também durante a ação penal. Para que ocorra a prisão preventiva é necessário completar os seguintes requisitos: garantia da ordem pública e econômica; conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Tal modalidade é aplicada quando a liberdade do acusado coloca em risco interesses de importância social. A prisão da fase de execução, diferente da prisão preventiva, ocorre quando a sentença da pena é executada, ou seja, a execução penal tem como finalidade

---

<sup>11</sup> Art. 15. “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

<sup>12</sup> “Art. 318 Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)”.

efetivar a sentença, seja pena privativa de liberdade, pecúnia ou restritiva de direitos.

### **2.1.2 O nascimento do Habeas Corpus Coletivo 143641**

O que era exceção tornou-se regra neste ano quando a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641) <sup>13</sup>coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, cujo crime não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Segundo o relator da medida, Ricardo Lewandowski, o Habeas Corpus coletivo é cabível nesses casos. O relator mencionou que essa é a única solução para garantir o acesso à justiça para as pessoas mais vulneráveis e que o Habeas Corpus Coletivo deve ser aceito, pois visa garantir a liberdade do ser humano, considerado um dos mais importantes bens da pessoa.

Lewandowski ainda ressaltou que a deficiência do sistema prisional afeta de forma degradante às mães e os filhos e ainda fez referência ao princípio da intranscendência, previsto art. 5º, inciso XLV, da CF/88<sup>14</sup>, “[...] de onde se depreende que a pena e a medida de segurança não podem passar da pessoa do autor da infração” (AVENA, 2017, p. 5-8), ou seja, nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Salienta-se que “a ação penal só pode ser proposta contra a pessoa a quem se imputa a prática do delito”. (CAPEZ, 2014, p. 150). Tal princípio é desrespeitado quando o filho permanece no presídio com a mãe presa, pois ele passa a “cumprir” uma sanção proveniente de um crime que ele não cometeu.

---

<sup>13</sup> Origem: SP - SÃO PAULO - Relator Atual: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI.

<sup>14</sup> “XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Como já exposto, a decisão do Habeas Corpus Coletivo determina a substituição da prisão provisória por prisão domiciliar. Tal medida deve ser aplicada em todo território nacional às mulheres gestantes ou mães de crianças com até 12 anos que estejam aguardando julgamento. As mulheres que cometeram crimes com violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes não são beneficiadas por essa medida. A decisão do STF fundamenta-se nas violações de direitos que atingem uma coletividade, o que possibilita o emprego do Habeas Corpus. É interessante mencionar:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. PROTEÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada nas circunstâncias do delito, tendo em vista que a paciente seria integrante de organização criminosa, pois tentou introduzir informações sobre o tráfico de drogas, praticado por conhecida facção criminosa, que atua dentro e fora dos Presídios, e arquivos contendo conteúdo relacionado a armas e morte de integrantes da referida facção, conforme laudo juntado, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP, sob relatoria do em. Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu ser possível a substituição da segregação cautelar pela prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, para mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua guarda, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. 3. Habeas corpus concedido para a substituição da prisão preventiva da paciente LETÍCIA CAROLINE FERNANDES DO VALE por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas de prisão, por decisão fundamentada. (STJ – HC: 451531 SP 2018/0123472-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/09/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2018).

Diante de todas as peculiaridades acima apresentadas surge a seguinte questão: Seria esta a melhor solução para proteger o convívio familiar sem que a pena privativa de liberdade da mãe prejudique a qualidade de vida do filho? Apesar do HC Coletivo ter sido deferido a fim de cuidar dos problemas sociais e de proteger

os direitos fundamentais das crianças, existem críticas acerca da decisão do STF, que serão expostas abaixo.

### **3 É LEI, MAS NÃO FUNCIONA. É HABEAS CORPUS, MAS MERAMENTE DECORATIVO**

Dentre os direitos das mulheres que se encontram em estabelecimento prisional destaca-se o direito da mãe em permanecer com o filho recém-nascido durante o período de amamentação, bem como dos berçários destinados aos cuidados dos filhos, garantindo efetividade desse momento tão importante. Todavia, não é bem assim que acontece na prática.

A análise das características das instituições penais brasileiras mostra que, apesar das leis que asseguram o direito da criança permanecer com a mãe durante o período de amamentação, são poucos os estabelecimentos que possuem locais destinados ao cuidado e ao desenvolvimento saudável da criança que está alojada junto à sua mãe apenas. (ARMELIN, 2010, p. 15).

A realidade existente no sistema carcerário é de todo muito triste, uma vez que, as crianças são expostas a ambientes despreparados e sem quaisquer estruturas para abrigá-las, como é apresentado em uma das histórias reais narradas por Nana Queiroz: “O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro” <sup>15</sup>.

Do mesmo modo que os direitos elencados na lei não funcionam na vida de muitas mulheres, a ineficácia também atinge os cuidados básicos durante a gestação e também no período pós-parto. Muitas vezes a mãe não tem o acompanhamento necessário de pré-natal, nem mesmo realiza exames indispensáveis, diga-se de passagem. “Dentre as poucas penitenciárias que

---

<sup>15</sup> Nana Queiroz. Presos que menstruam: A sentença do filho. Rio de Janeiro: Record, 2015.

possuem esses locais específicos, são raras as que propiciam ambientes apropriados para tal função”. (ARMELIN, 2010, p. 15).

De um lado existe o anseio da mãe em poder cuidar de seu filho, do outro a privação dessa criança. A maior parte das mães enxergam as consequências que a permanência do filho na prisão pode causar, mas acreditam que é muito importante, principalmente na fase inicial da vida, que o filho permaneça com a genitora. (ARMELIN, 2010). Essa situação acaba por aprisionar o filho impondo-lhe uma pena como se impõe ao criminoso, o que fere o princípio da intranscendência, já mencionado anteriormente.

### **3.1 POR UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL**

Como uma hipótese de desfecho desses problemas, o STF autorizou o Habeas Corpus Coletivo (HC 143641), onde a pena preventiva de mães com filhos de até 12 anos de idade pode ser substituída pela pena domiciliar, que “[...] nesse caso o benefício é concedido em prol da criança [...]”. (AVENA, 2017, p.218-219). Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal não soluciona a situação das mães presas já em fase de execução penal, pois a medida não abrange tais circunstâncias. Em contrapartida, no Brasil já existe a adoção de novas medidas que possibilitam o cumprimento da pena, como o conhecido monitoramento eletrônico, também chamado de tornozeleira eletrônica<sup>16</sup>, que é utilizado por presos em regime semiaberto ou em prisão domiciliar<sup>17</sup>. A utilização desse mecanismo enquadra nas situações vividas por essas mães, pois possibilitaria o filho de viver em ambiente familiar sem que a mãe deixasse de cumprir a sanção a ela imposta. Vejamos que a criança precisa de um local adequado às suas necessidades, do mesmo modo em que a mãe precisa pagar pelo crime que cometeu. É válido

---

<sup>16</sup> O sistema consiste da implantação no corpo do condenado de uma tornozeleira com dispositivo eletrônico que possibilita o monitoramento por satélite, via GPS (Global Position System), permitindo que se identifique a localização em qualquer lugar, se estiver com o equipamento instalado.

<sup>17</sup> Essa possibilidade é prevista pela Lei nº 12.258/2010 que altera o Código Penal (Decreto-Lei nº [2.848/1940](#)) e a Lei de Execução Penal (Lei nº [7.210/84](#)).

ressaltar que grande parte dos crimes cometidos por esse gênero não empregam violência ou grave ameaça.

Ainda assim, se não fosse possível a aplicação do monitoramento eletrônico nos casos de mães com filhos menores que já cumprem sentença, continua sendo indispensável proteger os direitos essenciais das crianças. Visto isso, se negado o pedido de concessão do Habeas Corpus, seria de grande importância conceder, em caráter provisório, a guarda às famílias, conservando o convívio familiar do menor, evitando a transferência do menor a um abrigo. O filho em que a mãe se achasse em sistema prisional poderia ser cuidado e amparado pelos avós, tios, parentes com total possibilidade de preservar o seu desenvolvimento, como o exemplo do processo de Habeas Corpus nº 2064952-27.2018.8.26.0000, que foi rejeitado por unanimidade. Para os desembargadores:

“não se demonstrou a imprescindibilidade de sua soltura para cuidar da prole, tarefa igualmente possível aos pais ou familiares (cuja inexistência sequer se cogitou ou, muito menos, comprovou-se), cabendo salientar ter a própria paciente provocado seu afastamento das crianças ao se envolver em crime equiparado a hediondo”.<sup>18</sup>.

Quando a criança é levada a um abrigo ocorre uma quebra do vínculo materno, é como penalizar o filho retirando-o dos braços da mãe privando de ao menos permanecer no ambiente familiar. Em 2015, a política de atendimento “Mães em Cárcere” apontou que 48 mulheres no estado de São Paulo não sabiam se quer onde estava o filho<sup>19</sup>. Se ampliássemos em caráter nacional a que ponto chegaria? Dentro dessa mesma pesquisa foram trazidas 173 mulheres cujos filhos se encontram em abrigos. Estamos falando de seres que desde o nascimento precisam de cuidado, são dependentes por simplesmente existir. De tudo, é possível afirmar que a realidade é cruel e promete piorar ao longo dos anos.

---

<sup>18</sup> Acórdão - Habeas Corpus nº 2064952-27.2018.8.26.0000, 2018, p. 4.

<sup>19</sup> Dados da política de atendimento Mães em Cárcere, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Por fim, para além da necessária mudança para garantir e proteger tal população, é necessário ampliar as discussões sobre o tema, buscando analisar os reflexos do direito ao exercício da maternidade frente aos danos causados ao filho.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade foi acostumada desde os tempos antigos a obstruir a mulher criminosa. Como foi dito, o sistema prisional no Brasil foi pensado para abrigar infratores do sexo masculino, mais uma vez excluindo a figura da mulher. Num primeiro momento o trabalho expôs dados sobre esse sistema relacionado à figura feminina, verificando o aumento da taxa de criminalidade e suas peculiaridades. Observou-se que a maioria das mulheres presas são mães, fato que levou a aprofundar sobre os direitos inerentes a elas e posteriormente ao filho. Observou-se que o direito da mulher privada de liberdade é frequentemente violado pela ineficácia da lei que, diga-se de passagem, parece existir só no papel.

Em relação ao filho não é diferente. Num primeiro contato com uma criança é perceptível tamanha fragilidade e anseio a cuidado. Entre todas as diferenças em relação aos adultos a que mais se sobressai é a ausência da maldade, o que encontramos de sobra nos “marmanjos” dos dias atuais.

Com base em todos os dados analisados, conclui-se que a melhor solução para o problema exposto seria a ampliação do HC garantindo o direito às mulheres em período de execução penal, desde que preenchidos todos os requisitos.

Além disso, para solucionar o conflito entre a maternidade no cárcere e os direitos essenciais dos filhos, é preciso que além de estudos e pesquisas sobre o tema ocorram mudanças efetivas do Estado. Espera-se que as políticas públicas reflitam sobre os reflexos causados e que tomem a posição mais sensata, para que as crianças cresçam longe da triste realidade do sistema prisional.

### **MATERNITY AND PRISON: THE REFLEXES CAUSED TO CHILDREN LIVING IN THE PRISON SYSTEM**

## ABSTRACT

Although Brazil is a growing country, there is a lack of studies about arrested women with children underage. This study addresses the guidelines about the rights of maternity in relation to the children damage in the course of sentence enforcement of the mother. It presents data of Brazilian female prison system, regarding particularities of women living in this environment, such as age, color, level of schooling and type of crime. It also exposes the guarantees and intrinsic rights of women arrested as well as their children's, who also live in a prison environment. It is done an analysis of the ineffectiveness of the Law and Collective Habeas Corpus before the children needs, where it is possible to ascertain the violation of family life, the lack of appropriate environment for children caring inside the prisons, as well as the violation of the principle of legal responsibility. At last, this study presents the possibility of electronic monitoring to solve the confrontation of essential rights for the children and criminal penalty of the mother.

**Key-words:** Child. Mother. Prison. Prison. System. Rights.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Gleice. **A mulher e a lei: Mulheres que cometem crimes**. 2016.

Disponível em: <https://noticias.ne10.uol.com.br/coluna/a-mulher-e-a-lei/noticia/2016/09/05/mulheres-que-cometem-crimes-635681.php> Acesso em 4 de Out. 2018.

ARMELIN, B. D. F, **Filhos do Cárcere: Estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado**. Revista da Graduação Rio Grande do Sul, v. 3, n. 2, 2010. Disponível em:<

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao>> Acesso em: 12 de Out. 2018.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 4.ed. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2017.

BERNARDI, Maria Luiza. [Gênero. Cárcere e família: estudo etnográfico sobre a experiência das mulheres no tráfico de drogas](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 19, n. 4058,11 ago. 2014](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29115>>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Out. de 1941. Vade Mecum, 24 ed. São Paulo. Editora Rideel, 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de out. de 1988. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 de out. de 2018.

\_\_\_\_\_. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

\_\_\_\_\_, Lei de Execução Penal. Lei n. 7210, de 11 de Julho de 1984.

\_\_\_\_\_, Lei n.[11.942, de 28 de Maio de 2009](#).

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.258, de 15 de Jun. de 2010. Altera o Decreto-Lei no [2.848](#), de 7 de dezembro de 1940 ([Código Penal](#)), e a Lei no [7.210](#), de 11 de julho de 1984 ([Lei de Execução Penal](#)). Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm)> Acesso em: 10 de Out. de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 143641**. Paciente: TODAS AS MULHERES SUBMETIDAS À PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL, QUE OSTENTEM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, DE PUÉRPERAS OU DE MÃES COM CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE SOB SUA

RESPONSABILIDADE, E DAS PRÓPRIAS CRIANÇAS. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSK. São Paulo. 20 de Fev. de 2018. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>> Acesso em: 5 de Out. 2018.

BRASÍLIA, Ministério da Justiça e da Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres**, 2 ed. Brasília, 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 21. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

COSTA, E.C.P. **Sobre O mito da igualdade de gênero na reintegração social de mulheres privadas de liberdade**. 2011, 8 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Pernambuco.

IGNÁCIO, Ana. **O drama das mães que dão à luz na cadeia: em SP, 8% das crianças vão parar nas ruas**: Defensoria Pública relata problemas de estrutura e atendimento médico em presídios. Disponível em:< <https://noticias.r7.com/sao-paulo/o-drama-das-maes-que-dao-a-luz-na-cadeia-em-sp-8-das-criancas-vaio-parar-nas-ruas-03112015>> Acesso em: 30 de Out. de 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente : aspectos teóricos e práticos, 11th edição. Editora Saraiva, 2018. [Minha Biblioteca].

MATTE, Mariana. **O exercício do direito à maternidade durante a execução da pena de prisão e seus reflexos sobre os direitos fundamentais conferidos ao filho (criança)**. 2009, 85 f., Monografia (Curso Bacharel em Direito). Centro Universitário Univates. Lajeado – RS.

MORIBE, Patrícia. **As vozes do mundo**: Presidiárias no Brasil: jovens, negras, mães, pobres e invisíveis. 2018. Disponível em:< <http://br.rfi.fr/brasil/20180307-presidiarias-no-brasil-jovens-negras-maes-pobres-e-invisiveis>> Acesso em: 5 de Out. 2018.

ORMENO, G.R; PEREIRA A. C. S, **Mulheres Encarceradas: Nível de Escolaridade e Motivos para Terem Evadido da Escola**. Revista e-revista, Paraná, v. 15, n. 22, Jul/Dez 2013. Disponível em:< <http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/viewFile/9145/6941>>. Acesso em 03 de Out. 2018.

PODER JUDICIÁRIO, Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da Mulher Presa. Brasília, 2012.

QUEIROZ, Nana. Descubra como é a vida das mulheres nas penitenciárias brasileiras. Revista Galileu, São Paulo, julho 2015. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/07/descubra-como-e-vida-das-mulheres-nas-penitenciarias-brasileiras.html> . Acesso em: 4 de Out. 2018.

QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam [recurso eletrônico] / Nana Queiroz. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Record, 2015.

SANTA, Rita R. P. **Mães e crianças atrás das grades**: Em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 180 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)- Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

SILVA, Iranilton Trajano. Uma Breve Análise Histórica E Legal Sobre O Encarceramento Feminino No Brasil. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1176. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3636/uma->

breve-analise-historica-legal-encarceramento-feminino-brasil> Acesso em: 18 set. 2018.

STJ. PROCESSUAL PENAL E PENAL 451531 SP 2018/0123472-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/09/2018, T6 – SEXTA TURMA. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631916886/habeas-corpus-hc-451531-sp-2018-0123472-7?ref=juris-tabs>> Acesso em: 5 de Out. 2018.

TJ/SP. ACORDÃO: Habeas Corpus nº 2064952-27.2018.8.26.0000, 2018. Relator: Julio Caio Farto Salles. 12/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-camara-tj-sp-nega-hc-mae2.pdf>> Acesso em: 26 de Out. de 2018.

## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO STF: ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS BAROSSO E ROSA WEBER NAS ADC's 43/44

Luiz Carlos de Oliveira Silva <sup>1</sup>  
Deo Campos Dutra<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho busca inicialmente demonstrar a importância da mutação constitucional, sobretudo, quando entendida à luz dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios do Estado Democrático de Direito e como um mecanismo de reforma informal da Constituição, de modo a trazer maior higidez e contemporaneidade às normas e valores constitucionais. A partir da força normativa da Constituição e a fundamentalidade dos direitos fundamentais, este trabalho pretende compreender a mutação como uma ferramenta que contribui para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. Num segundo momento, e com base nesses valores democráticos-constitucionais inicialmente analisados, vislumbrou-se que a presunção de inocência detém natureza jurídica de direito-garantia fundamental, logo é impossível sofrer flexibilização para permitir a prisão após a Segunda Instância, apenas se dentro das hipóteses constitucionalmente previstas (prisão em flagrante, preventiva e temporária). Por fim, este trabalho pretende investigar se os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber são compatíveis para adequar aos preceitos democráticos da mutação constitucional e se se coaduna com a normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mutação Constitucional. Direitos Fundamentais. Prisão em Segunda Instância.

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Gestão Pública pela Instituição Unidoctum. Pós-graduado em Educação, Sociedade e Política (Unidoctum). Pós-graduando em Direito Constitucional (Unidoctum). Graduado em Direito pelo Instituto Ensinar Brasil (2020). Atualmente é coordenador parceiro do Instituto Ensinar Brasil. E-mail: [luiz\\_caze2@hotmail.com](mailto:luiz_caze2@hotmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela PUC/RJ e pela Universidade Paris X. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC/RJ. Mestre em Direito Comparado pela Universidade de Paris 1 – Panthéon Sorbonne. E-mail: [deo\\_campo@yahoo.com.br](mailto:deo_campo@yahoo.com.br)

## INTRODUÇÃO

Na década de 60, o Brasil passou por um momento de crise que abalou os sistemas dos direitos e os pilares da democracia, tornando-se um país regido por Ditadura Militar. A partir deste evento, a nação brasileira foi obrigada se adaptar a uma série de imposições e restrições que impediam a fruição de direitos iminentes à condição humana, por exemplo, o direito natural de ir e vir.<sup>3</sup>

O Estado de Exceção, portanto, vivenciado naquela época, passou a dirigir a forma de viver dos cidadãos, não mais de forma democrática, mas expurgando direitos e impondo, pela força, um regime político autoritário, que representou o fim do diálogo entre Estado e cidadão e deflagrou o regime de exceção, mediante a supremacia da vontade do Estado Máximo sobre os interesses e direitos individuais e coletivos<sup>4</sup>.

Após duas décadas de ditadura e restrições severas de direitos e garantias, o ano de 1988 marca o retorno da democracia e seus valores. O regime democrático retoma, com novo fôlego, o posto de sistema de governo da nação brasileira, acompanhado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Carta Cidadã, trouxe um extensivo e riquíssimo rol Direitos e Garantias Fundamentais, os quais, doravante, diante da força normativa da Constituição, vão exigir, não somente o respeito por parte dos órgãos estatais, como requer do Estado o dever de concretizá-los<sup>5</sup>.

Uma nova fase. Um novo direito. Um novo Brasil. Esse novo momento, veio com a promessa de uma ordem constitucional arrimada na dignidade da pessoa

---

<sup>3</sup> Para detalhes do momento histórico, ver: GASPARI, Elio. **Box Ditadura Militar**. São Paulo: Intrínseca, 2016.

<sup>4</sup> Para as relações entre a Ditadura Militar e o Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente o STF, ver: RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: O STF e a ditadura militar**. São Paulo: Cia das Letras, 2018

<sup>5</sup> Para uma análise do processo constituinte brasileiro, ver: PILATTI, Adriano. **A Constituinte De 1987-1988**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

humana, nos objetivos fundamentais, direitos e garantias fundamentais, que exigem uma nova identidade ao Estado Brasileiro, que passa por reestruturação administrativa, jurídica e política a fim de atender aos novos axiomas democráticos implementados.

Apesar desse clima democrático, é cediço que por mais competente e cuidadoso que o legislador possa vir a ser, é inevitável que, com o passar do tempo, sua obra precisa ser atualizada e revista, sobretudo diante da dinamicidade da sociedade contemporânea e sua volatilidade para mudanças. O direito e os institutos jurídicos, no regime democrático, não podem ser tratados como entraves ou meramente instrumentos, porém, sim, o plus normativo, com a finalidade de resgatar as promessas do Estado Social que ainda não forma concretizadas, sendo que a Constituição, nesse caso, passa a ser o *locus* privilegiado da ação concreta do Estado (STRECK, 2011).

O presente trabalho se desenvolverá a partir da constatação de que, se por um lado o direito não acompanha a dinamicidade da sociedade, por outro é a ordem constitucional e os direitos fundamentais que são o fiel da balança do Estado brasileiro, tendo como condão de, não apenas assegurar e implementar os ditames democráticos, como manter o sistema jurídico atualizado e pronto para enfrentar os desafios que a contemporaneidade apresenta à nossa sociedade, mas também garantir a segurança, previsibilidade e confiabilidade dos seus cidadãos no sistema jurídico.

É nesse ponto que ganha especial relevo o instituto da Mutação Constitucional, que entendida no seu viés democrático e à luz da força normativa da Constituição, tem a função de promover mudanças pontuais na ordem constitucional, sem causar caos, insegurança jurídica ou quebras aos núcleos essenciais da Constituição e direitos fundamentais, no intuito de deixá-los mais próximos da realidade brasileira, já que promoverão uma atualização na forma de compreender o direito constitucional, sem alterar a redação textual.

É claro, como dito, que a mutação constitucional não permite “*dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”, é indispensável sua consonância com as aspirações democráticas e à luz da força normativa da Constituição e, não menos importante, os

direitos e garantias fundamentais, que legam à Constituição de 1988 um caráter principiológico e aberto para manter o Texto Magno contemporâneo, sem permitir que os intérpretes construam teses mirabolantes, com a finalidade de corromper a tradição democrática e conspurcar os valores constitucionais.

Assim, nossos olhos voltam-se para o Guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (art. 102 CF/88), que tem o dever de manter sua interpretação atualizada, sem desvirtuar o que o Texto Magno quer dizer, ou seja, a interpretação da Corte Constitucional não pode distanciar dos fundamentos constitucionais e nem de sua função institucional de manter as normas constitucionais hígdas, agindo com equilíbrio, a partir de interpretações que manterão e preservarão a estabilidade constitucional e democrática. Tarefa árdua, mas indispensável.

Recentemente, acompanhamos o intenso debate jurídico-político acerca da prisão em segunda instância e, principalmente, a melhor forma de compreender o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Cidadã<sup>6</sup>, que provocou o embate entre os defensores dos direitos e garantias fundamentais e os adeptos à flexibilização da garantia fundamental, a fim de conferir interpretação (mutação), no sentido de que a realidade social, exigiria da Corte Constitucional a autorização para submeter os condenados à prisão-pena antes do trânsito em julgado, uma vez que após a segunda instância, os recursos (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário) não permite a revisão dos fatos, apenas a discussão jurídica, sobre a aplicação correta das normas jurídicas.

Sobre o debate na Corte Constitucional analisar-se-á, na espécie, os votos da Ministra Rosa Weber, em contraponto com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no intuito de apreciar os argumentos suscitados por ambos que, no julgamento, assumiram posições colidentes, ela favorável à procedência do pedido; ele, por sua vez, contrário.

Evidentemente a análise acima somente será possível à partir da extensa revisão bibliográfica sobre o Constitucionalismo Contemporâneo e a mutação constitucional, sem as quais não seria possível compreender, num viés constitucional-democrático, a importância sobre a utilização da mutação constitucional como uma

---

<sup>6</sup> Art. 5º, LVII, da CF/88: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

ferramenta que, apesar de modificar a norma constitucional, sem alterar sua redação, deve promover os direitos fundamentais, não os restringir ou extirpá-los. Para isso esta investigação adotou como metodologia a investigação do tipo jurídico-descritivo e jurídico propositivo, adotando uma vertente jurídico- dogmática e jurídico-teórica (GUSTIN; DIAS, 2002, p.39-50).

Outrossim, o presente trabalho, não tem a pretensão de esgotar todo o assunto, todavia, buscará trazer argumentos suficientemente rigorosos para a formação de uma aplicação equilibrada e democrática da mutação constitucional.

## **1 CONSTITUIÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A Constituição como compreendido pela teoria normativa do direito, é a Norma Suprema de qualquer Estado, dotada de supremacia formal e material, em relação as demais fontes normativas, já que ela (a Constituição) é a responsável por dar validade e legitimidade às leis e atos normativos e, bem assim, às decisões judiciais, já que seria inadmissível reconhecer apenas a supremacia constitucional em relação à legislação *lato sensu* e não incluir os atos decisórios do Poder Judiciário (SGARBI, 2020).

Evidentemente, a posição de ápice do ordenamento jurídico ocupado pela Constituição implica, não só sua incidência na esfera da relação entre Estado e cidadão, mas sua aplicação nas relações privadas, sobretudo, diante da força normativa da Constituição e da aplicação horizontal dos direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Por isso, em vista dessa característica da Constituição e do Constitucionalismo Contemporâneo podemos dizer, em síntese, e sem desprezar a complexidade do tema, que no âmbito do Estado Democrático de Direito o direito clama para que o compreendamos não apenas como mero legitimador das relações de poder, mas sobretudo como um instrumento com potencialidade de transformar a realidade da sociedade e dos cidadãos.

---

<sup>7</sup> Aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a partir de sua eficácia horizontal, conforme emblemático voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 201.819/RJ, no ano de 2005.

Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a *um direito como potencialidade de transformar a sociedade*, como aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, **é sempre um instrumento de transformação**, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais (STRECK, 2011, p. 59, grifos).

Uma nova fase, um novo direito, que vai exigir um sistema de controle de alteração do texto constitucional, para que não se incorra em modificações antidemocráticas, através de um procedimento mais rigoroso de revisão da Constituição (supremacia formal) e, principalmente, uma jurisdição constitucional forte com meios jurídicos-processuais capazes de exigir, além do respeito às normas constitucionais, sua concretização por parte do Poder Estatal.

Nesse sentido, Konrad Hesse (1991, p. 15, grifamos)

**A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser**; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. **Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.**

Portanto, no âmbito do Estado Democrático de Direito há um crescente deslocamento da tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição constitucional, na medida em que a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo e do aumento de demandas por direitos fundamentais e sua concretização, logo haverá maior atuação da justiça (constitucional).<sup>8</sup>

Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e

---

<sup>8</sup> Para uma análise entre a relação entre o direito constitucional e a política, ver: GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Para o debate em torno do processo de Judicialização da Política no Brasil, ver: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**. Vol. 19, nº2, 2007.

sustentar a intervenção do Estado na economia; **já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. [...]. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito** (STRECK, 2011, p. 63, destaque nosso).

A partir dessa característica, não é difícil perceber a constante tensão existente entre o Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo e, até mesmo, com a própria sociedade, principalmente, se observarmos as pautas das últimas decisões da nossa Suprema Corte, cabendo aqui referir algumas delas, exemplificadamente, ADPF 54 análise sobre a constitucionalidade do aborto em caso anencefalia; a ADPF 347 sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais e, por fim, ADC's 43 e 44 sobre a possibilidade da prisão em segunda instância, objeto de análise mais à frente<sup>9</sup>.

É dentro desse cenário que a mutação constitucional precisa ser compreendida, enquanto instrumento a serviço da Jurisdição Constitucional, de alteração informal dos textos constitucionais, por se tratar de um *“mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”*. (BARROSO, 2011, p. 146)

A despeito do processo formal de reformas (emenda ou revisão), previstos expressamente na Constituição, vislumbra-se, nas Constituições rígidas, mudanças não decorrentes de atuação do Poder Constituinte Reformador, mas que emerge de uma realidade constitucional do Estado, que não pode ser ignorada.

Nesse sentido, pode-se dizer, com amparo nos estudos de Anna Cândida Ferraz, que sem qualquer alteração no texto, as Constituições vão se modificando, a partir de novos significados, em vista das relações sociais e da evolução política, jurídica, social e tecnológica da sociedade, a fim de manter a ordem constitucional estável e dinâmica.

---

<sup>9</sup> Confira a advertência de Streck (2011, p. 52, grifo no original): *“Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos ad hoc, a pretexto de estar-se concretizando direito. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais”*.

Apesar de sua importância, não se admite que a mutação seja utilizada de maneira inconstitucional e antidemocrática<sup>10</sup>. A Corte Constitucional, portanto, não está isenta dos limites constitucionais e democráticos para atribuir qualquer sentido ao texto constitucional, o que é inadmissível, no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A experiência constitucional demonstra que a expressão *mutação constitucional*, ou seja, os processos não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: **as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade**, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir (FERRAZ, 2015, p. 9, grifo).

Por mais louvável a revisão informal, é inadmissível, reforça-se, a possibilidade de mutação inconstitucional, contrária às normas constitucionais e aos princípios democráticos, os quais devem balizar a atuação, sobretudo, do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, numa atuação comedida aos limites explícitos e implícitos da Constituição.<sup>11</sup>

Concluimos com Anna Ferraz (2015, p. 11, grifo original), segundo a qual:

Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualitativo, satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa *mutação* não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, *constitucional*. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

---

<sup>10</sup> Para um estudo sobre a mutação constitucional e o princípio da segurança jurídica, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin; **Lorenzetto**, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista De Estudos Constitucionais, Hermenêutica E Teoria Do Direito**. v. 7. n. 2, (2015), p.136-146

<sup>11</sup> Para mais detalhes a respeito dos limites da mutação constitucional, ver: PEDRA, Adriano Sant'Ana. Constitutional mutation theory: the limits and possibilities of informal constitutional changes from concretion theory. 2009. 332 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

## 1.1 A presunção de inocência, enquanto Direito Fundamental

Aqui é necessário o retorno a uma premissa importantíssima acerca do Direito e da Constituição, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que diz respeito a sua função transformadora.

[...] é preciso compreender o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia. (STRECK, 2011, p. 67-68).

Veja que essa característica está relacionada com a própria normatividade da Constituição e a fundamentalidade dos Direitos Fundamentais, haja vista que desde o surgimento do Constitucionalismo e dos direitos fundamentais, pode-se dizer, que sempre houve a necessidade de limitação do poder do Estado ou governante e a previsão de direitos preexistentes, decorrentes da própria condição de homem.

No âmbito da teoria constitucional dos direitos fundamentais, também no Brasil tem sido recepcionada a noção de que a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresenta-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. (SARLET, 2016, p.79)

A Constituição Federal de 1.988, no título dedica aos direitos e garantias fundamentais, prevê no art. 5º, inciso LVII a chamada “presunção de inocência”, ao dispor que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal previsão não destoa de outros dispositivos previstos em diplomas internacionais.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

9º. Todo **acusado é considerado inocente até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (grifo)

Declaração Universal dos Direitos Humanos

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

Convenção Europeia de Direito Humanos

6.2. Qualquer **pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada**. (grifo)

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>12</sup>

14.2. Qualquer pessoa **acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida**. (grifo)

Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>13</sup>

Art. 8.1. Toda pessoa **acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa**. (grifo)

Em qualquer ótica, nacional ou internacional, verifica a preocupação em assegurar a presunção de inocência e delimitar seus limites, a partir de expressões como “*trânsito em julgado*” ou “*até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*”, nas quais pode-se identificar com precisão a partir de quando o indivíduo perderá a qualidade de inocente, dispensando qualquer técnica exegética para se compreender, vez que de cristalina compreensão.

A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável. (BRASILEIRO, 2016, p.77)

---

<sup>12</sup> Inteiramente incluído ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 592/92.

<sup>13</sup> Inteiramente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 678/92

Inegável a correlação entre liberdade individual e a presunção de não culpabilidade, sendo uma salvaguarda da liberdade, na medida em que vai exigir do Poder Público, sobretudo dos órgãos direta e indiretamente ligados à persecução penal, a tratar o indivíduo inocente até a formação da sua culpa, que se dá, por opção expressa do legislador constituinte, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Logo, a garantia fundamental da presunção de inocência outorga uma proteção pétreia para os acusados e veda, sobre todas as óticas, a prisão em segunda instância para cumprimento da pena, já que pouco importa, neste caso, *data vênia* aos pesquisadores que concluem ao contrário, se os recursos para o STJ ou STF possuem apenas efeito devolutivo e não suspenderiam a eficácia da condenação confirmada no tribunal, como defendido por muitos, ainda assim não haveria “trânsito em julgado” marco constitucional para início do cumprimento da pena.

É certo, por outro lado, que a presunção não é absoluta, admitindo exceções, tais como a autorizada pelo art. 5º, inciso LXI, que prevê a possibilidade de prisão preventiva e temporária, que não quer dizer que o acusado é, nessas hipóteses, culpado, apenas por conveniência ao processo penal é permitido seu recolhimento ao cárcere.

## **2 O JULGAMENTO DAS ADC´s 43 E 44 E A ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS BARROSO E ROSA WEBER: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM DEBATE**

Nesse tópico, inicialmente, apresentar-se-á um sumário das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, de maneira a identificar o que foi debatido nas respectivas ações objetivas, para contribuir com a compreensão acerca da celeuma jurídica-política instaurada em nossas terras sobre a possibilidade, ou melhor, a constitucionalidade da execução provisória da pena.

Em seguida, em breve escorço, igualmente, se pretende apresentar os principais argumentos utilizados pelos ilustres Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa

Weber, utilizados em seus respectivos votos acerca da melhor interpretação da presunção de inocência.

Pois bem, a celeuma acerca da possibilidade da prisão em Segunda Instância se originou após o julgamento do HC 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Teoria Zavascki, o qual sem analisar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, ainda de maneira subjetiva, isto é, relativo ao caso concreto debatido no *habeas corpus*, considerou válida a o início do cumprimento da pena (execução provisória da pena), independentemente, do trânsito em julgado da sentença.

Em vista desse julgamento, no qual houve alteração no entendimento consolidado ao longo dos anos pela Suprema Corte a respeito do assunto, diversos Tribunais, mesmo sem a obrigatoriedade de segui-lo, cabendo referir a Súmula 122<sup>14</sup> do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, passaram a determinar o início do cumprimento da pena, sem que tivesse ocorrido o trânsito em julgado.

Em síntese, foram esses os acontecimentos que ensejaram a propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, no intuito de que fosse declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, em vista de sua constitucionalidade espelhada, ou seja, o inegável paralelismo com o art. 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição Federal.

## 2.1 A síntese dos votos<sup>15</sup>

O Ministro Barroso, em seu voto, argumenta que inexistem quaisquer dos motivos alegados pelos autores das Ações de Constitucionalidade, mas, sim de uma posição

---

<sup>14</sup> Súmula 122 TRF-4, *in verbis*: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”. Atualmente, está cancelada, conforme informação no site do próprio tribunal ([https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas\\_trf4](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4)). Acesso em: 28/06/2020.

<sup>15</sup> Para a realização da análise dos votos e identificação da síntese desejada para instruir esta pesquisa utilizamos como método a identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* nos votos dos magistrados. Para detalhes, ver: MENDES, Conrado Hubner. **Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão.** Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19>

coerente com a própria Constituição, que permitiria a prisão antes da condenação em segunda instância.

Sustentou que a interpretação não é apenas uma atividade meramente exegética, gramatical, vez que os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação, de maneira em que diante das diversas possibilidades poderia intérprete escolher a que melhor reflete a norma contida na redação. Inexiste, neste caso, caminho para preferências pessoais do intérprete, o qual deve observar aquela interpretação que melhor representem e realizem os valores constitucionais e o interesse social, tendo sempre em mira os direitos fundamentais, a proporcionalidade e os fins sociais.

Suscitou a aplicação, ao caso em análise, do art. 5º da LINDB, *in verbis*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, para justificar que o entendimento deveria ser mantido, já que atenderia aos fins sociais e da proteção da sociedade, ressaltando a importância da jurisprudência como forma de correção da desigualdade social e econômica, inclusive em relação ao próprio Judiciário, conforme revelariam as fontes por ele pesquisada, que evidenciavam que a classe pobre compreenderia a maior parte da população encarcerada no país.

O Ministro defendeu a aplicação da ponderação ao caso, porquanto estar-se-ia diante de clássico conflito de princípios constitucionais. Nesse sentido, a técnica da ponderação, em matéria penal, fundamentar-se-ia através dos subprincípios da Proibição do Excesso e da Vedação da Proteção Deficiente.

Para Barroso, um sistema processual em que os processos são eternos, sobretudo, pela incapacidade de responder aos anseios da sociedade com a punição a contento do infrator, acaba por enfraquecer a credibilidade da Justiça (Criminal) e por gerar a sensação de deficiência do sistema normativa, já que, não raras vezes, ocorre a prescrição da pretensão punitiva do Estado, exurgindo um sentimento de impunidade do delinquente e falibilidade dos órgãos envolvidos com a persecução penal.

Nessa linha, arguiu a duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, como contraponto aos argumentos iniciais, já que, segundo

o Ministro, no Estado Democrático de Direito o processo precisa ser rápido o suficiente para responder aos anseios, sem desprezar as garantias fundamentais, todavia, em *terra brasilis* a duração razoável do processo está alheia aos preceitos constitucionais-democráticos.

Em arremate, o Ministro Roberto Barroso defendeu o acerto da decisão ao permitir a prisão após a confirmação da condenação em Segunda Instância, uma vez o julgamento feito pelo Tribunal *Ad quem* estabelece algumas certezas jurídicas acerca da materialidade do delito, sendo incabível nos recursos Especial e Extraordinário a rediscussão sobre os fatos e provas, somente questões jurídicas.

Assim, em vista dessas certezas, entendeu o Ministro que o art. 283 do CPP não pode ser fundamento a impedir a prisão em Segunda Instância, já que nem mesmo em Primeira Instância há óbice quanto a decretação de prisão.

Em suma, concluiu o Ministro Barroso que, no Brasil, sofre-se com a invasão de uma epidemia de violência e corrupção generalizada e um sentimento de impunidade dos infratores, sobretudo, em relação aos crimes de Colarinho Branco, o que exige das instituições democráticas uma resposta, já que elas são responsáveis pelo sucesso ou fracasso da nação, e que, em vista de toda a sua manifestação, seu voto era no sentido de excluir do art. 283 do CPP a parte que impeditiva da execução provisória da pena, após o julgamento em Segundo Grau.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, asseverou sobre a força normativa da Constituição e sobre sua interpretação, destacando que nas democracias existem instituições formadas a partir da eleição popular e as não eleitas, com serventia à tutela dos direitos fundamentais. No caso, o Poder Judiciário, dentro das instituições democráticas não eleitas, é indispensável e útil como elemento estruturante de uma democracia constitucional, principalmente, pela função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da Constituição, de maneira imparcial para a solução do conflito.

Descreveu, em síntese, o objeto *sub judice*, invocando como parâmetros à constitucionalidade do art. 283 do CPP a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), a separação dos poderes (art. 2º da CF/88), o devido processo legal (art. 5º,

LIV, da CF/88) e, por fim, a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88), os quais evidenciavam grande peso para o debate.

Sobre a presunção de inocência, alegou que, antes da Constituição Democrática, inexistiu nas normas constitucionais pretéritas qualquer disposição similar, destacando o rico e importante debate político na Constituinte, bem como trouxe variadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e o entendimento da Corte sobre a impossibilidade de execução provisória da penal, inclusive a proibição de lançar o nome do acusado no rol de condenados, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por ofender a presunção constitucional de não culpabilidade.

Segundo Weber, tal entendimento da Corte Constitucional serviu de inspiração ao legislador infraconstitucional na edição da Lei 12.403/2011, que trouxe diversas alterações no Código de Processo Penal, dentre outras, a nova redação conferida ao art. 283, que indubitavelmente possui estreita relação com a presunção de inocência.

Todavia, para a Ministra, em que pese as razões do Min. Barroso, não se conduziria a melhor exegese sobre a presunção de inocência, já que o Legislador Constituinte optou como por marco definidor para perda da qualidade de inocente o trânsito em julgado, isto é, quando a sentença se tornou imutável pela preclusão máxima, norma de natureza principiológica, cujo campo semântico somente permite compreender que o cumprimento da pena definitiva somente pode ser feito após a sentença condenatória ter se tornado definitiva, após esgotado o manejo da tutela recursal disponível.

Por fim, Rosa Weber concluiu que, apesar de a sociedade reclamar sobre a morosidade na resolução das questões criminais, definindo a culpa do delinquente e o pagamento por meio da pena a ser cumprida, tal vociferação não tem o condão de suprimir uma importantíssima garantia fundamental do Texto Magno, a justificar a possibilidade de execução provisória da pena, que deve ser rechaçado.

Diante disso, terminou seu voto julgando procedente as ações declaratórias de constitucionalidade, para declarar constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

## 2.2A mutação constitucional e o papel do STF

Nesse ponto, após analisada e compreendida a mutação constitucional e o debate jurídico formado no âmbito das Ações Diretas de Constitucionalidade e ainda as razões contidas nos votos dos Ministros Luís Barroso e Rosa Weber, pode-se dizer que a mutação não pode servir a propósitos inconstitucionais e contrários ao Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, questiona-se: O STF tem atuado verdadeiramente como guardião e protetor do texto Constitucional ao ficar alterando seu entendimento no que tange a prisão em segunda instância? Tal mutação é realizada dentro dos parâmetros solidificados pelas pesquisas científicas jurídicas realizada pela doutrina?

O Supremo Tribunal Constitucional, enquanto guardião da Constituição (art. 102 da CF/88) não está isento de conferir às normas constitucionais interpretações coerentes e consentâneas com os direitos e garantias fundamentais e a força normativa da Constituição e, por dizer, com os limites do texto objeto de interpretação, lhe sendo vedada qualquer atuação ativista que contraria aos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

É certo que há uma diferença entre ativismo judicial, completamente pernicioso à Constituição e aos valores democráticos, com a judicialização, o aumento de demandas sobre direitos fundamentais sociais, coletivos etc., sobre os quais o Judiciário é chamado a intervir e responder.

Acontece que, em grande parte, a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, *surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados*. Por isso a inexorabilidade desse “sensível deslocamento” [...]. Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, *a via judiciária se apresenta – por vezes – como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição*. (STRECK, 2011, p. 64, grifo no original)

Por isso, acima se disse, que hodiernamente há um deslocamento da tensão entre os Poderes e a sociedade, na medida em que diante da ineficiência do

Legislativo e Executivo, socorrem-se da tutela jurisdicional (inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF/88) para reivindicar seus direitos, o que acirra o debate sobre os limites para aplicação da lei pelo julgador.

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição. Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência autônoma’). (STRECK, 2011, p. 117)

Dito isso, voltando os olhos para os votos, nota-se que ambos os Ministros ressaltaram cada um ao seu modo a importância da interpretação para o direito, sobretudo, no que diz respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência, e da constitucionalidade do art. 283 do CPP, já que em 2016, no julgamento do HC 126.292, o pleno do Supremo considerou ser possível a execução provisória da pena, em oposição ao entendimento consolidado na Corte aos longos dos anos.

O Ministro Luís Barroso suscita argumentos de ordem pragmática para justificar a necessidade de modificar a compreensão dos limites da presunção de não culpabilidade, em evidência, a credibilidade da jurisdição penal perante a sociedade, já que na história, não foram poucos os acusados que se beneficiaram da morosidade de ineficiência dos sistema de persecução penal e, ainda, valeram-se, na visão do julgador, do sistema recursal de maneira indevida, o que ensejou o reconhecimento da prescrição em diversos casos, inclusive de pessoas com notoriedade pública.

Embora as situação narradas e expostas pelo Ministro não devam ser desprezadas, os argumentos utilizados, contudo, não têm o condão de suplantar a garantia fundamental da presunção de não culpabilidade, haja vista ao se admitir a fundamentação acerca da eficiência do sistema e a confirmação da decisão de primeiro grau no tribunal *ad quem*, por si só, não são suficientes para limitar a garantia fundamental, que obliquamente preserva a liberdade do acusado, além de extinguir

um núcleo essencial do Estado Democrático, que seque pode ser objeto de reforma formal (art. 60, §4º, da CF/88).

Ora, é certo que a doutrina atribui duas perspectivas à presunção de inocência, uma de ordem probatória e outra a respeito do tratamento que deva ser conferido aos acusados, em geral. Essa segunda modalidade, nos interessa aqui, na medida impõe como regra a liberdade, exigindo que toda privação seja guiada pela nota da excepcionalidade (BRASILEIRO, 2016).

Diante disso, pode-se dizer que fora as hipóteses de privação cautelar (prisão em flagrante, preventiva e temporária), prevista no Texto Magno, é inadmissível acolher a mutação pretendida pelo Ministro Barroso, já que mesmo em Segunda Instância, se presentes os requisitos legais do art. 312 do Código de Processo Penal, é possível que o tribunal determine o recolhimento à prisão do condenado de maneira preventiva, o que não implica ao cumprimento provisória da pena, já que esse esbarra na garantia de não culpabilidade.

Portanto, ficamos com as razões apresentadas pela Ministra Rosa Weber, sobretudo, pela a fundamentação dos limites semânticos contido na própria redação do art. 5º, inciso LVII, da CF/88, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que somente pode ser compreendido, na esteira da dogmática processual penal, como a impossibilidade de interposição de recurso, isto é, na imutabilidade da decisão impositiva de punição.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto acima, pode-se formular a seguinte questão provocativa: afinal a mutação constitucional é viável no bojo do Estado Democrático de Direito? Há limites?

Pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito, sobretudo, diante da força normativa da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais vão exigir que a mutação constitucional, extremamente importante para hígidez do sistema jurídico-constitucional, deve ser compreendida à luz daqueles, sob pena de se gerar uma mutação inconstitucional e antidemocrática, o que é um absurdo e admissível.

A partir dessa consideração, infelizmente, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, *data vênia*, como dito, apesar de não se poder desprezá-las, não são argumentos suficientes para suplantam a fundamentalidade do direito-garantia da presunção de inocência, sobretudo, por se tratar de argumentos pragmáticos e não jurídicos.

A Constituição Federal Brasileira não deixa margem para dúvida quando o assunto é a presunção da inocência, pois somente após o trânsito em julgado é que o sentenciado poderá ser considerado culpado, ou seja, não há outra forma, outro caminho ou outro entendimento que se pode chegar acerca do tema debatido, enquanto a Constituição perdurar, o estado de inocência de qualquer acusado só se encerrar após a preclusão máxima, quando torna-se imutável.

Conclui-se que a Mutação   de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, visto que, uma Constitui o não tem caráter eterno, porém quando ultrapassa os limites tornando um ativismo, transforma-se em algo maléfico, que prejudica todo o ordenamento.

Malgrado a jurisdi o constitucional, como aqui defendida, ganhar especial aten o e atua o frente aos dilemas de uma sociedade desigual e injusta como a brasileira, não   dado ao Judiciário a poder para agir ao arropio das normas constitucionais.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, eleito pelo constituinte guardião da Carta Magna, confirmar em seus votos e constru es hermenêuticas, sua missão democrática, qual seja, trazer estabilidade social ao interpretar as normas de direitos fundamentais, não criar embaraços   frui o deles, já que suas decisões precisam estar pautadas em argumentos jurídicos democráticos-constitucionais, isto  , contra majoritários. Se ao STF importa ouvir o clamor das ruas, ainda mais o deve importar o brado da Constitui o Federal.

**CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE SUPREME COURT OF BRAZIL:  
ANALYSIS OF THE VOTES OF MINISTERS BARROSO AND ROSA WEBER AT  
ADC´s 43/44**

**ABSTRACT**

The present work initially seeks to demonstrate the importance of constitutional mutation, especially when understood in the light of fundamental rights and guarantees and the principles of the Democratic Rule of Law and as a mechanism for informal reform of the Constitution, in order to bring greater health and contemporaneity to the norms and constitutional values. Based in the normative strength of the Constitution and the fundamentality of fundamental rights, this paper intends to understand that the mutation needs to be analyzed and understood as a tool that contributes to the improvement of the legal system. In a second moment and reasoned on these democratic-constitutional values, it was perceived that the presumption of innocence has a legal nature of fundamental right-guarantee, therefore it is impossible to undergo flexibility to allow imprisonment after the Second Instance (with exception in the constitutionally provided hypotheses as imprisonment in flagrant, preventive and temporary). Finally, this work intends to investigate whether the votes of Ministers Luís Roberto Barroso and Rosa Weber are compatible to adapt to the democratic precepts of constitutional change and if it is in line with the norms of the Constitution and fundamental rights.

**KEYWORDS:** Constitutional Mutation. Fundamental rights. Second Instance Prison.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Direito Processual Penal. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; Lorenzetto, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. Revista De Estudos Constitucionais, Hermenêutica E Teoria Do Direito. v. 7. n. 2, (2015), p.136-146

GASPARI, Elio. Box Ditadura Militar. São Paulo: Intrínseca, 2016.

GRIMM, Dieter. Constitui o e Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa ; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

HESSE, Konrad. A força normativa da Constitui o. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

MENDES, Conrado Hubner. Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19>.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Constitutional mutation theory: the limits and possibilities of informal constitutional changes from concretion theory. 2009. 332 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

PILATTI, Adriano. A Constituinte De 1987-1988. 4<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RECONDO, Felipe. Tanques e togas: O STF e a ditadura militar. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

SGARBI, Adrian. Curso de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020

STRECK, Lenio Luiz. Verdade ou Consenso. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 4° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. Tempo social. Vol. 19, nº2, 2007.

**O APOIO POPULAR NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À LUZ DE  
MAQUIAVEL: UMA BREVE ANÁLISE DO PROCESSO DE IMPEACHMENT NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**Lara Rodrigues de Moraes<sup>1</sup>**

**Lucas Goulart Consulmagnó Prata<sup>2</sup>**

**RESUMO**

Pretende-se nesse artigo, por meio das reflexões de Nicolau Maquiavel a respeito da importância do apoio popular no êxito ou ruína do principado e da república, em suas obras “O Príncipe” e “Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio”, analisar de que forma a perda de apoio popular pode ter influenciado diretamente nos processos de impeachment de dois chefes do executivo federal na história da democracia representativa no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nicolau Maquiavel. Apoio popular. Democracia representativa. Impeachment.

<sup>1</sup>Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmec SP. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional. E-mail: laraRodriguesmm@hotmail.com.

<sup>2</sup>Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP; Foi advogado no escritório Bittencourt e Bissoli advogados associados, em Juiz de Fora - MG; Foi Procurador Geral do Município de Belmiro Braga - MG; Atualmente é professor de Direito Processual Civil, Prática Cível, Direito Tributário (2020.2) e Direito Empresarial (2020.2) , no Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora - MG; É professor de Direito Processual Civil no programa de Pós Graduação lato sensu da PUC – MG; Foi Professor orientador do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora – MG. É advogado.

## INTRODUÇÃO

Nicolau Maquiavel em suas obras “O príncipe” e “Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio” introduziu, em diversos momentos desses clássicos, o povo como um dos personagens principais para o êxito ou a ruína dos principados e das repúblicas, bem como defendeu a virtuosidade do povo e a importância da participação política de todos os setores da sociedade. Pretende-se nesse trabalho realizar uma interpretação dessas reflexões de Maquiavel à luz dos institutos do Estado Democrático de Direito e da complexidade contemporânea da democracia representativa, especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De início, imperativo lembrar da puberdade do modelo de governo democrático no Brasil. Considerando o tempo histórico, vivemos muito recentemente vinte e um anos sob um governo militar ditatorial e só em 2018 alcançamos finalmente o marco de trinta anos da CRFB/88, o que, em termos históricos, significa basicamente que a nossa democracia é uma jovem que acaba de dar os primeiros passos para a consolidação de sua independência, cheia de sonhos, mas também cheia de obstáculos pela frente.

Se olharmos o histórico do Brasil desde a sua independência em 1822, percebemos que a regra é o golpe (político e institucional), o governo ditatorial, o governo despótico e antidemocrático. Foram raros os presidentes que cumpriram integralmente os seus mandatos, cabendo ressaltar que desde o período chamado de “Nova República” que se estende de 1985 até os dias atuais, a democracia representativa foi manchada por dois traumatizantes processos de impeachment do chefe do executivo, em 1992 e 2016.

Nossa democracia surge, então, abruptamente após o fim da ditadura militar e com a pressão de diversos setores da sociedade civil. Sobre isso vale citar Maquiavel (1532/2001, p. 27-28): “estados que nascem subitamente – como todas as outras coisas da natureza que nascem e crescem depressa – não podem formar suas raízes

e ramificações, de modo que sucumbem na primeira tempestade.” Diante de tantos obstáculos e do receio de que nossas instituições democráticas não suportem esses inúmeros abalos em seus pilares fundamentais, a esperança volta a se encontrar no principal personagem da democracia, o povo.

Para que possamos encontrar as melhores saídas para os problemas políticos e institucionais da atualidade, é sempre válido se debruçar sobre as reflexões que trazem clássicos como as obras de Maquiavel, uma vez que, com as próprias palavras do autor:

[...] quem examinar com diligência as coisas passadas facilmente preverá as futuras, em qualquer república, prescrevendo os remédios que foram usados pelos antigos [...] segue-se que sempre se veem os mesmos tumultos em todos os tempos. (MAQUIAVEL. 1531/2007, p. 121).

## **1 A RELEVÂNCIA DO POVO EM MAQUIAVEL**

Para dar início às nossas reflexões, é preciso entender a visão de Nicolau Maquiavel a respeito do povo e o seu papel na sociedade e na política. Em primeiro lugar, o autor demonstrou em vários momentos de suas obras sua predileção sobre o povo comparado aos grandes e ao príncipe. De início cabe tratarmos da necessidade, defendida pelo autor, do apoio popular para o êxito de um principado ou a manutenção do poder por quem o tenha conquistado. Vale transcrever o seguinte trecho:

Quem chega ao principado com ajuda dos grandes mantêm-se com mais dificuldade do que o que se torna príncipe com a ajuda do povo [...] Além disso, um príncipe não pode jamais proteger-se contra a inimizade do povo, porque são muitos; no entanto, pode-se garantir contra os grandes porque são poucos. [...] Portanto, quem se tornar príncipe pelo favor do povo deverá manter sua amizade, o que será fácil, pois tudo que lhe pedem é não serem oprimidos. Mas quem se tornar príncipe pelo favor dos grandes e contra o povo deverá, antes de qualquer outra coisa, procurar conquista-lo, o que também será fácil, se lhe der proteção [...] (MAQUIAVEL. 1532/2001, p. 44-45)

Nesse sentido, o autor defende claramente que não é possível ao príncipe governar sem o apoio do povo, uma vez que, ou se conquista o poder com o apoio popular, ou se conquista o poder com a ajuda dos grandes, devendo prioritariamente conquistar o apoio do povo logo após. O autor não deixa ao príncipe uma terceira

**3ª EDIÇÃO ESPECIAL DIREITO – JAN/JUN 2021 – ISSN1809-046X**  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

opção, qual seja, a possível conquista de um principado sem a ajuda do povo ou sem adquirir posteriormente o seu apoio, portanto, não há a possibilidade de um governo que tenha o povo como seu inimigo, e ainda, que não há remédios para uma inimizade do povo que, por serem numerosos, podem facilmente levá-lo à ruína.

Assim sendo, o príncipe pode até conquistar o poder sem o apoio popular, mas não poderá mantê-lo sem este e, muito menos, com a inimizade deste. Nesse sentido, imperioso destacar alguns trechos da obra “O príncipe” (MAQUIAVEL. 1532/2001, p. 77 et seq.):

Dentre todas as coisas de que um príncipe deve guardar-se, a primeira é ser desprezível e odioso [...] Deve, contudo, o príncipe fazer-se temer de modo que, se não conquistar o amor, pelo menos evitará o ódio; pois é perfeitamente plausível ser temido e não ser odiado ao mesmo tempo.

Além de defender que o êxito ou a ruína do principado dependerá inteiramente se este possui ou não o apoio do povo, ou, ao menos, que este não tenha o povo como seu inimigo, Maquiavel também defendeu que o povo seria o melhor guardião da liberdade, argumentando que o povo é mais virtuoso, que seus desejos são mais honestos e nunca irão agir para violar a liberdade de qualquer indivíduo. Nas suas palavras:

[...] E os desejos dos povos livres raras vezes são perniciosos à liberdade, visto que nascem ou de serem oprimidos ou da suspeita de que virão a sê-lo. [...] E, indo às razões, direi, vendo primeiro o lado dos romanos, que se deve dar a guarda de uma coisa àqueles que têm menos desejo de usurpá-la. E sem dúvida, se considerarmos o objetivo dos nobres e dos plebeus, veremos naqueles grande desejo de dominar e nestes somente o desejo de não ser dominados e, por conseguinte, maior vontade de viver livres, visto que podem ter menos esperança de usurpar a liberdade do que os grandes, de tal modo que, sendo os populares encarregados da guarda de uma liberdade, é razoável que tenham mais zelo e que, não podendo eles mesmos apoderar-se dela, não permitirão que outros se apoderem. (MAQUIAVEL. 1531/2007, p. 23-24)

Não obstante, Maquiavel não se limita a defender o povo como o guardião ideal da liberdade, mas também defende que o povo é mais virtuoso, sábio e constante que o próprio príncipe, demonstrando sua predileção pelas repúblicas e pela soberania popular. Nesse sentido:

[...] assim como duraram muito os estados dos príncipes, também duraram os estados das repúblicas, e que ambos precisam ser regulados por leis, porque o príncipe que pode fazer o que quer é louco; um povo que pode fazer o que quer não é sábio. Se, portanto, pensarmos num príncipe vinculado às leis e num povo acorrentado a elas, veremos mais virtú no povo que no príncipe; e, se pensarmos em ambos irrefreados, veremos menos erros no povo que no príncipe, sendo tais erros menores e mais remediáveis. (MAQUIAVEL. 1531/2007, p. 171)

## **2 DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Maquiavel, como já dito, tinha uma predileção pela república no lugar dos principados, uma vez que nas repúblicas o povo exerce um outro papel relevantíssimo na sociedade, que é a participação efetiva na política. No entanto, Maquiavel não se contentava apenas com a participação popular nas eleições, mas defendia outras formas de engajamento. Nesse sentido, ressalta John McCormick (2013, n.p.):

Maquiavel promove Roma à condição de modelo porque a entende como uma república de domínio popular. Diferentemente de outras repúblicas, Roma atribuía um papel especial às massas populares: o de "guardiães da liberdade" (Machiavelli, 1997a [1531], I, 5). O povo é, em última instância, o árbitro da liberdade no regime. Segundo Maquiavel, ele merece essa posição simplesmente porque é mais confiável do que a nobreza ou os notáveis. De acordo com a distinção mencionada acima, entre os apetites das elites e os apetites populares, o povo não usará tal poder para dominar, mas apenas para se defender contra a dominação (Machiavelli, 1997a [1531], I, 5; I, 46). Além disso, como o povo é menos apto do que a nobreza para usurpar a liberdade de uma república, ele estará mais vigilante em relação aos que são mais capazes de fazê-lo.

Para Maquiavel (1531/2007, p. 22), "... em toda república há dois humores diferentes, o do povo, e o dos grandes, e que todas as leis que se fazem em favor da liberdade nascem da desunião deles, como facilmente se pode ver que ocorreu em Roma". Nesse sentido, Maquiavel tomava a república de Roma como modelo ideal de participação política, pois entendia que os tumultos gerados pela desunião entre os Tribunos da Plebe e o Senado eram o que permitia a verdadeira defesa da liberdade, uma vez que ambos tinham o interesse de manter a liberdade para discordar entre si, ou seja, a plebe queria a liberdade para se defender das propostas dos grandes e os grandes queriam a liberdade para discordar da plebe.

Disto resulta-se que, para que uma sociedade possa ser livre é preciso de equilíbrio, ou seja, que todos os setores daquela sociedade participem da política, que todos deliberem diretamente ou por meio de representação, uma vez que somente pela união de todos os interesses será possível alcançar uma vontade comum e, assim, atingir-se o bem-estar geral. Se apenas uma parte da sociedade domina o setor político e delibera sobre os direitos da outra parcela da sociedade, não podemos falar em liberdade e muito menos em democracia, mas haverá uma forte tendência ao despotismo e à tirania.

Nesse sentido, Maquiavel demonstra que os Tribunos da Plebe em Roma foram criados com a pretensão de se alcançar um equilíbrio político:

Quando os Tarquínios foram depostos, parecia haver em Roma enorme união entre a plebe e o senado; e parecia que os nobres haviam renunciado à soberba, que tinham disposições mais populares e podiam ser suportados por todos, mesmo os de ínfima condição. Permaneceu oculto esse engodo, e não foram vistas as suas razões, enquanto os Tarquínios viveram, pois a nobreza, por temê-los e por recear que a plebe maltratada se aproximasse deles, portava-se humanamente com esta; contudo, assim que os Tarquínios morreram, os nobres perderam o medo e começaram a cuspir sobre a plebe o veneno que haviam guardado no peito, ofendendo-a de todos os modos que podiam [...] Assim, faltando os Tarquínios, que com o medo refreavam a nobreza, foi preciso pensar numa nova ordenação que produzisse o mesmo efeito produzido pelos Tarquínios em vida. Por isso, depois de muitas confusões, tumultos e perigos de perturbações, surgidos entre a plebe e a nobreza, chegou-se à criação dos tribunos, para a segurança da plebe. (MAQUIAVEL. 1531/2007, p. 20-21)

### **3 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

Como dito no início do trabalho, é preciso fazer uma adaptação das reflexões de Maquiavel à luz do sistema político, democrático, representativo e constitucional que possuímos hoje. Nesse sentido, podemos interpretar que, “príncipe, hoje, é todo aquele que detém o poder executivo, em qualquer dos escalões, quer seja no espaço público ou na área privada. Príncipe é todo aquele que conquistou, de alguma forma, autoridade legítima sobre outros seres humanos” (NIVALDO, 2005, p. 161 apud DOBRYCHTOP; CHIARO, et al. n.p.).

A partir do modelo de democracia representativa (como o que possuímos no Brasil) a participação do povo na política cresceu expressivamente, pois passou a se dar de forma direta, fazendo com que cada candidato busque essencialmente o apoio popular para a sua vitória nas eleições. O povo passa a ser eleitor e elegível, a nível estadual e federal, tanto no poder legislativo, quanto no poder executivo. Nesse sentido:

Com a emergência do sistema representativo moderno, opera-se, no âmbito institucional, uma divisão artificial do poder político em três funções: a legislativa, a executiva e a judiciária. Surge também a noção de que, dentro do Estado, existem órgãos de representação nos quais todo o corpo cidadão deve ser representado, sendo os representantes eleitos por esse corpo soberano. Nesse sentido, no povo soberano estariam situados os *grandi* e a *plebe*, assim como nas instituições representativas, pois o povo é uma totalidade una. (MORAIS. 2017, p.101)

Não obstante, muito se discute a respeito da efetividade do sistema representativo, pois vejamos que mesmo no Brasil onde são eleitos 594 deputados e senadores para formarem o Congresso Nacional, grande parte do povo se queixa da falta de representatividade, e com toda razão, uma vez que quando se analisa o perfil dos candidatos eleitos, percebemos que a maioria esmagadora é formada por homens, brancos, heterossexuais, cisgênero, de classe média ou alta, perfil que não reflete a pluralidade de gênero, de raça e de condição social e econômica da população brasileira. Quanto a isso, imperioso ressaltar as palavras de Ricardo Manoel de Oliveira Morais:

Muitos teóricos políticos, críticos e defensores do governo representativo levantam uma questão que merece atenção: o arranjo institucional do governo representativo e os princípios a ele subjacentes soariam estranhos, injustos e até perigosos a muitos partidários de um governo popular republicano, como Maquiavel. Isso porque os fundadores do governo representativo não estavam preocupados com o fato de que eleições pudessem ocasionar em uma distribuição não igualitária de cargos públicos e da influência sobre os representantes. Para eles, o mais importante seria criar mecanismos institucionais para refrear o ânimo popular, que seria marcado pela irracionalidade e por uma perspectiva apaixonada e não crítica dos assuntos públicos. [...] Segundo McCormick (2011), criou-se um modelo institucional em que os representantes eleitos detêm um status sociopolítico mais elevado que o dos representados, uma vez que o processo político de eleição atribui autoridade a alguns para que eles governem outros – o que Manin chama de princípio da distinção. Além disso, esse sistema parte da premissa de que o “povo” é uma totalidade una, devendo ser representado como tal. Todavia [...] as instituições que Maquiavel concebe para proteger a plebe da opressão passam a não fazer sentido em um sistema que se baseia

na representação de um sujeito político soberano uno. Em outras palavras, as instituições não podem diferenciar institucionalmente os grupos políticos, pois o povo é uno, mesmo que se reconheça formalmente o pluralismo político. Assim, pode-se questionar: seria o governo representativo capaz de viabilizar a participação popular ampla ou seria ela diluída ao se “misturar” com a participação opressora dos grandi? (MORAIS. 2017, p. 101-102)

Assim sendo, nos parece que mesmo com o modelo de democracia representativa, os grandes a que Maquiavel se referia continuam dominando e afastando o povo (os pequenos) da participação política. Não obstante, os pequenos ainda são muitos e ainda vemos prevalecer a argumentação de Maquiavel, qual seja, de que nenhum governo é capaz de subsistir sem o apoio do povo, uma vez que justamente o desmanche do apoio popular foi o gatilho final para o início dos procedimentos de impeachment de dois presidentes da república na história da democracia brasileira.

Ainda nas palavras de Ricardo Manoel de Oliveira Morais:

[...] o governo representativo tenta conciliar uma organização social complexa, conflitante e heterogênea com uma participação política de um grande número de pessoas. E, para que isso se torne possível, a organização estatal deve ser soberana e capaz de congrega, ao menos formalmente, a pluralidade social. [...] Caso o corpo de representantes não seja submetido a um processo de controle político periódico, não haverá representação, mas a simples autoridade de uns sobre outros. O processo político da eleição tem o objetivo de reduzir essa diferença hierárquica entre povo e governo. Além disso, a eleição, enquanto método de escolha daqueles que irão governar, opera de modo a conferir legitimidade aos atos dos governantes. [...] A constituição moderna do governo representativo possui arranjos institucionais visando assegurar a responsabilização dos agentes públicos (como eram os tribunos romanos analisados por Maquiavel), tais como (1) o sistema de recompensa com a eleição e reeleição pelo trabalho bem realizado e a sanção por ofícios mal prestados, (2) uma composição institucional marcada pela separação funcional do poder político e (3) a ameaça de, em casos extremos, remoção do agente de seu ofício por processos de impeachment conduzidos por outros agentes dotados de legitimidade (MCCORMICK, 2011). (MORAIS. 2017, p. 108, 110, 115-116)

#### **4 O PROCESSO DE IMPEACHMENT NA CRFB DE 1988**

O procedimento de impeachment do presidente da república, segundo a Constituição Federal de 1988, tem uma natureza mista de procedimento jurídico e

político, uma vez que para que a acusação contra o governante seja aceita é preciso que se preencha um requisito jurídico, seja do cometimento de infrações penais comuns (previstas no Código Penal) ou do cometimento de algum dos crimes de responsabilidade elencados no artigo 85 da Constituição Federal e na lei especial nº 1.079, de 1950 (parcialmente recepcionada pela CRFB de 1988). Assim descreve o artigo 86 da CRFB:

Art. 86 - Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Nesse sentido, uma vez preenchido o requisito jurídico da prática de crime comum ou de responsabilidade, a Câmara dos Deputados decidirá se a acusação será aceita, prosseguindo ou não para o seu julgamento. Ademais, especificamente no caso dos crimes de responsabilidade caso a Câmara dos Deputados aceite por 2/3 de seus membros a acusação, o julgamento será feito pela outra Câmara do poder legislativo, o Senado Federal.

Portanto, nos dois momentos cruciais do procedimento de impeachment por crime de responsabilidade, quais sejam, ao admitir ou não a acusação e no julgamento do crime praticado, é justamente o poder legislativo que terá o poder de prosseguir e julgar o processo. O poder legislativo é totalmente formado por candidatos eleitos pelo povo e não se pode esperar que realizem um julgamento jurídico, mas sim político, uma vez que essa é a natureza intrínseca do poder legislativo, formado por indivíduos comuns que em sua maioria não possuem conhecimento jurídico.

Não se pretende realizar uma abordagem inocente a respeito das decisões do poder legislativo no procedimento de impeachment do presidente da república. É perceptível que não é única e puramente a perda de apoio popular que determinará as decisões dos deputados e senadores, muitos interesses entram em jogo no campo da política, como os interesses dos políticos em si, dos partidos, do setor econômico da sociedade (como as empresas privadas e bolsa de valores) bem como outros setores da sociedade, por exemplo, a mídia, que influencia. tanto a decisão desses

políticos, como o ganho ou a perda de popularidade do chefe do executivo ao influenciar diretamente a formação de opinião dos indivíduos da sociedade.

Não obstante, basta realizar uma análise histórica do procedimento de impeachment que dois chefes do executivo do país sofreram para perceber que, apesar não ser o único fator determinante, a perda do apoio popular pelos respectivos presidentes da república foi sim um ponto crucial nos procedimentos.

No caso do presidente Fernando Collor de Mello, que sofreu o procedimento de impeachment em dezembro de 1992, além de suas medidas antipopulares como o confisco do saldo de poupança bancária da população, um escândalo de corrupção foi o principal motivo pela queda da popularidade do então presidente.

Percebendo a inevitabilidade do impeachment, Fernando Collor realizou uma última tentativa para barrar o seguimento do procedimento, por meio de um pronunciamento em que clamava pelo apoio popular, pedindo que aqueles que fossem favoráveis ao seu governo fossem às ruas em 16 de agosto de 1992, vestidos com uma peça de roupa com as cores da bandeira do Brasil. Em protesto, a população saiu às ruas com vestimentas pretas, dentre eles muitos manifestantes do que veio a ser conhecido como o movimento dos “caras-pintadas”<sup>2</sup>. Por volta de um mês após a manifestação, a Câmara dos Deputados admitiu a acusação e deu início ao seu julgamento, com resultado final favorável ao impeachment.

No caso da presidente Dilma Rousseff (PT), que sofreu o impeachment em agosto de 2016, a crise econômica foi acentuada pelas medidas do seu governo (assim como no caso de Fernando Collor), bem como casos de corrupção envolvendo o partido da presidente eram recorrentes. Mesmo conseguindo ser reeleita em 2014, as manifestações populares em junho de 2013 já demonstravam uma insatisfação da população com o governo, o que só se acentuou com os processos de corrupção que envolviam membros do seu partido, principalmente o caso do ex-presidente mais popular do país, Luíz Inácio Lula da Silva, antecessor de Dilma e membro fundador do Partido dos Trabalhadores.

Segundo pesquisas do Ibope<sup>3</sup>, a rejeição de Dilma Rousseff já batia 62% em 2015 quando a Câmara dos Deputados autorizou a abertura do procedimento e em

março de 2016 era de 69%. Durante 2015 e 2016 diversas manifestações populares invadiram as ruas de todos os Estados do país e, em agosto de 2016, o Senado aprovou o impeachment de Dilma pela prática de um crime de responsabilidade que veio a ser legalizado, apenas dois dias após o impeachment, pela lei 13.332/2016 em projeto criado e aprovado pelo mesmo Congresso Nacional.

Podemos perceber nesses dois casos de procedimentos de impeachment que, além da crise econômica e dos escândalos de corrupção, a perda de popularidade pelos respectivos governos foi crucial para o prosseguimento dos procedimentos e para a aprovação destes. Destarte, imperioso lembrar os ensinamentos de Maquiavel a respeito do impacto do apoio popular nos governos:

Quanto aos súditos, mesmo que não haja perturbações exteriores, deve-se sempre zelar para que não conspirem, o que o príncipe pode garantir evitando ser odiado ou desprezado e mantendo povo contente com ele, o que lhe é indispensável conseguir tal como mostrei longamente acima. Um dos mais poderosos instrumentos de que dispõe um príncipe contra as conspirações é não ser odiado pela universalidade, visto que o conspirador sempre acredita poder satisfazer o povo com a morte do príncipe; mas quando crê, ao contrário, desagradá-lo, desanima de tomar esse caminho, porque as dificuldades serão infinitas. [...] com todas essas coisas somadas à estima popular, é impossível que alguém seja tão temerário a ponto de conspirar contra ele. Porque, normalmente, aquilo que um conspirador tem a temer antes da execução do mal deve temer mais ainda após o delito, se tiver por inimigo o povo e não puder, por isso, esperar refúgio algum. [...] Concluo, portanto, que um príncipe deve ter em pouca conta as conspirações enquanto o povo lhe for favorável, mas, quando este se tornar seu inimigo ou lhe tiver ódio, deverá temer todas as coisas e todo mundo (MAQUIAVEL, 1532/2001, p. 88/90)

Nesse trecho Maquiavel explica justamente que um governante que possui o apoio popular evita qualquer conspiração dos grandes contra ele, visto que o conspirador não ousaria tentar derrubar um governo se isso viria a desagradar a maioria do povo, porque as dificuldades e os obstáculos seriam infinitos e, após a derrubada do governo, o conspirador não teria onde se refugiar, porque teria feito do próprio povo o seu inimigo.

Ainda sobre esse assunto vale invocar as palavras de Marilena Chauí:

[...] O verdadeiro príncipe é aquele que sabe tomar e conservar o poder e que, para isso, jamais deve aliar-se aos grandes, pois estes são seus rivais e querem o poder para si, mas deve aliar-se ao povo, que espera do governante a imposição de limites ao desejo de opressão e mando dos grandes. A política

não é a lógica racional da justiça e da ética, mas a lógica da força transformada em lógica do poder e da lei. (CHAUÍ. 2000, p. 203).

Segundo Lairton Moacir Winter (2006, p. 127), a chave para a manutenção do poder pelo governante está na estabilidade política, “que em última instância depende da estabilidade social, ou seja, de como se resolve o conflito de interesses entre os grandes e o povo, o príncipe mantém também a estabilidade do Estado.”

Voltando à discussão a respeito das falhas no sistema da democracia representativa, já argumentamos o fato de que os grandes passaram a ocupar os cargos políticos e de poder. Maquiavel sempre demonstrou a sua desconfiança pelos grandes, defendendo que estes desejavam poder para oprimir o povo. Nas palavras de Winter:

[...] Mas, no que difere o príncipe dos grandes e faz o povo optar pelo primeiro? Maquiavel diz que enquanto o desejo dos grandes é tomar o poder e oprimir o povo, o príncipe deseja apenas o poder. É por isso que o príncipe deve apoiar-se no povo. Enquanto este deseja apenas não ser oprimido, não representando, portanto, nenhuma ameaça ao poder do príncipe, aqueles rivalizam com este na medida em que, além de oprimir, desejam também tomar o poder. (WINTER. 2000, 124-125)

No entanto, talvez Maquiavel não esperasse que, estando os grandes ocupando a maioria dos cargos de poder (dentre eles muitos cargos políticos), estes aprenderiam a utilizar a força do apoio popular em seu favor, investindo na manipulação da opinião pública e em manobras políticas dentro e fora da constituição, com o apoio de diversos setores poderosos da sociedade que possam se interessar pela queda do governo.

A corrupção passou a ser utilizada como um artifício dos grandes contra a democracia representativa e, além disso, os grandes perceberam como é importante a ignorância política e educacional do povo, passando também a não permitirem com que a maioria esmagadora da população esteja preparada para o exercício dos seus direitos políticos, através do investimento, por exemplo, em propagação em massa de notícias falsas e desinformação, pelo não provimento de um sistema educacional público de qualidade, pela aquisição e controle de grandes empresas de telecomunicações, dentre outros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caminho de finalizar o trabalho, relevante nos debruçarmos sobre a questão da corrupção que, além de ter sido um fator extremamente relevante para os procedimentos de impeachment que analisamos, pode ter se tornado o maior obstáculo à efetivação da democracia no Brasil. A corrupção prejudica diretamente a representatividade, pois acabou se tornando o objetivo de grande parte dos políticos que conseguem se eleger, uma vez que, ao invés de cumprirem com o seu dever de representar o povo, defendê-lo e aprovar medidas benéficas a ele, passaram a ocupar os cargos de poder apenas para beneficiarem a si mesmos.

Dessa forma, as reivindicações do povo não são consideradas e nunca avançam, porque sempre estão em conflito com os interesses dos poderosos.

Quanto à corrupção, Maquiavel trata do tema na sua obra “Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio”, em alguns trechos que valem ser transcritos:

[...] Porque um povo inteiramente corrompido não pode, nem por breve tempo, viver livre [...] foi grande a sorte de, em Roma, tais seis se terem logo corrompido, sendo por isso expulsos, antes que sua corrupção penetrasse nas entranhas da cidade: essa ausência de corrupção foi a razão de os infinitos tumultos ocorridos em Roma não terem prejudicado, mas, ao contrário, favorecido a república, visto que a finalidade dos homens era boa [...] tal corrupção e pouca aptidão à vida livre provém de uma desigualdade existente na cidade, e quem quiser dar-lhe igualdade precisará lançar mão de meios extremos, o que poucos sabem ou querem fazer [...] porque não há leis nem ordenações bastantes para frear uma corrupção generalizada. Porque, assim como os bons costumes precisam de leis para manter-se, também as leis, para serem observadas, precisam de bons costumes. (MAQUIAVEL. 1531/2007, p. 65, 70, 72)

Nesses trechos Maquiavel revela principalmente que em uma sociedade em que a corrupção é generalizada, a liberdade é praticamente inalcançável, e ainda, que a corrupção tem origem na desigualdade existente no seio daquela comunidade, alertando sobre as inúmeras dificuldades em se colocar um fim à corrupção que esteja generalizada, ou seja, da corrupção que faça parte do cotidiano da maioria dos indivíduos. Essa realidade é, infelizmente, a realidade brasileira. O conhecido **3ª EDIÇÃO ESPECIAL DIREITO – JAN/JUN 2021 – ISSN1809-046X**  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

“jeitinho” brasileiro, no sentido de que os indivíduos em sua maioria estão sempre em busca de adquirir vantagens em cima uns dos outros, acaba por formar uma verdadeira e completa oposição à democracia.

O brasileiro, no entanto, não é o personagem a ser culpado pela corrupção generalizada, pois como defende Maquiavel nesse trecho acima (bem como outros pensadores, como Rousseau), a fonte da corrupção é a desigualdade (social e econômica). Aqui nos encontramos em um verdadeiro impasse. Se defendermos, como pretendemos defender, que a corrupção é a verdadeira fonte de vários dos nossos problemas políticos e institucionais, e que a solução para a corrupção é o fim da desigualdade, pois bem, só quem pode atuar pelo fim da desigualdade são justamente os representantes políticos do povo, os membros do poder legislativo e executivo.

O presente trabalho não pretende chegar às respostas para os problemas apresentados, mas refletir sobre eles o suficiente para que possamos entender o que, com certeza, não é uma boa resposta aos nossos problemas políticos e institucionais. Nesse sentido, retirar do povo a participação política, o direito de decidir sobre seus representantes, o papel de guardião da liberdade, o papel de defensor da democracia, mesmo que por vezes esse próprio povo, mal orientado, defenda o fim dos seus próprios direitos e o fim da democracia, o fim da liberdade e da igualdade, com certeza não são boas soluções.

O próprio título do capítulo 53 do livro “Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio” nos diz muito sobre esse assunto, “53 – O povo muitas vezes deseja sua própria ruína, enganado por alguma falsa aparência de bem; e como as grandes esperanças e as audazes promessas comovem facilmente”, nas palavras de Maquiavel:

[...] Alguém que o povo confia deve mostra-lo o que é o bem, e, quando, porventura, o povo não confia em ninguém, como às vezes ocorre, se tiver sido enganado antes por coisas ou homens, será inevitável que se chegue à ruína. (MAQUIAVEL. 1531/2007, p. 153)

Nesse sentido, para nós como membros do povo, não é uma boa solução a abdicação de nossos direitos, ou ações como o voto “nulo” ou “em branco” como

alguma forma ingênua de demonstrar a insatisfação, que não levam a qualquer mudança. Devemos ser corajosos para encontrar aqueles em que possamos dar o voto de confiança, especificamente aqueles que buscam o fim da desigualdade e pretendem, diferentemente dos grandes, capacitar o povo para o exercício dos seus direitos políticos, pois como defende Maquiavel no trecho acima, o povo que não confia em ninguém chegará, inevitavelmente, à sua própria ruína.

**THE POPULAR SUPPORT IN THE REPRESENTATIVE DEMOCRACY IN THE  
LIGHT OF MAQUIAVEL: A BRIEF ANALYSIS OF THE IMPEACHMENT PROCESS  
IN THE 1988 CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL**

**ABSTRACT**

It is intended in this article, through the reflections of Niccolò Machiavelli regarding the importance of popular support in the success or ruin of the principality and the republic, in his works “The Prince” and “Discourses on the First Decade of Titus Livius”, to analyze how the loss of popular support may have directly influenced the impeachment processes of two heads of the federal executive in the history of representative democracy in Brazil.

**KEYWORDS:** Niccolò Machiavelli. Popular support. Representative democracy. Impeachment.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAUÍ, Marilena. **“Filosofia”**. São Paulo: Ática. 2000.

DAHL, Robert A. **“A democracia e seus críticos”**. Trad. P. F. Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DOBRYCHTOP, Luis Henrique; CHIARO, Luigi et al. **“A atualidade do pensamento político de Maquiavel”**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5552, 13 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68543>. Acesso em: 4 de junho 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. **“O Príncipe”**. 3ª ed. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. Editora Martins Fontes; São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. **“Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio”**. 1ª ed. Editora Martins Fontes; São Paulo, 2007.

MCCORMICK, John. **“Democracia maquiaveliana: controlando as elites com um populismo feroz”**. Trad. A. Villalobos. Revista Brasileira de Ciência Política, n12, Brasília, 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522013000300010](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000300010). Acesso em 04 de junho de 2020

\_\_\_\_\_. **Machiavellian democracy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

MORAIS, Ricardo Manoel de O. **“Maquiavel e o paradoxo da inclusão política no governo representativo: a via extraordinária como consequência e direito político no modelo de representação”**. Belo Horizonte; 2017. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AW6M7H/1/possivel\\_montagem\\_da\\_tese\\_limpo.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AW6M7H/1/possivel_montagem_da_tese_limpo.pdf). Acesso em 04 de junho de 2020.

NIVALDO JÚNIOR, José. "**Lições ao Príncipe**". De: MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe – Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo. Martin Claret. 2005. p. 161-182.

RIBEIRO, Paulo Silvino. "**Maquiavel e a autonomia da política**"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/ciencia-politica-maquiavel.htm>. Acesso em 04 de junho de 2020

WINTER, Lairton M. "**A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel**". Artigo publicado na revista Tempo da Ciência da Universidade Estadual do Oeste do Paraná; 2006. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/viewFile/1532/1250> . Acesso em 04 de junho de 2020.

<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-foi-o-impeachment-de-collor/>

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/10-aprovam-governo-dilma-e-69-desaprovam-diz-ibope.html>

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-3720728>





**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA DOS  
JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS CÍVEIS: UMA ANÁLISE DA TENSÃO ENTRE  
EFETIVIDADE E DIREITOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS NA COMARCA DE  
JUIZ DE FORA – MG**

**Bruna de Oliveira Bilheiro<sup>1</sup>**

**Lucas Goulart Consulmagno Prata<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente trabalho visou abordar a aparente facilidade para o exercício do direito fundamental de acesso à justiça através dos Juizados Especiais Cíveis, especialmente na comarca de Juiz de Fora - MG, que foram criados em função do disposto no artigo 98, I da Constituição Federal de 1988, que determinou que a União, Distrito Federal, Territórios e os Estados criassem Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, sendo dessa forma, possível analisar a eficácia deste na agilidade para a solução dos conflitos na comarca de Juiz de Fora a partir da análise da lei 9.099/95.

O trabalho buscou estimar de forma sucinta a formação, os princípios e as competências estipuladas para os juizados especiais, bem como exemplificar o que é o acesso à justiça e o que o torna essencial para uma efetiva prestação jurisdicional. Para tanto, a pesquisa utilizou duas metodologias para reunir os dados que compõe o estudo, a quantitativa, que agrupou números que foram transformados em gráficos e a qualitativa, que consistiu na coleta de elementos narrativos compostos por experiências individuais sobre o tema, tais informações reunidas contribuíram de maneira efetiva para compreensão da problemática estudada.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Email: brunabilheiro@hotmail.com

<sup>2</sup> Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Email: lucasconsulmagno@hotmail.com

A partir deste estudo, que não reflete conclusões sobre todos os juizados especiais estaduais, foi possível constatar que para os jurisdicionados que recorrem a este tipo de procedimento o atendimento alcançado, aparentemente é satisfatório, mais quando tais dados são apresentados a pessoas com um pouco mais de conhecimento da lei, este parece deixar a desejar em sua eficácia na resolução das lides, dessa forma, fez-se necessário investigar, e expor conclusões para uma melhor análise sobre efetividade da prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juizados especiais. Lei 9.099/9. Acesso à justiça. Eficiência. Solução de conflitos.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, fazendo uso de pesquisas nas legislações pertinentes e de entrevistas com pessoas que atuam no procedimento dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis de Juiz de Fora - MG, tem por objetivo investigar a aparente facilidade do acesso à justiça através dos Juizados Especiais Cíveis na comarca deste município e dessa forma verificar a possível eficiência para a solução dos conflitos.

Para isso fez-se necessário uma análise no sistema de informatização dos serviços das comarcas (SISCOM), no qual foram coletados dados sobre as distribuições, audiências realizadas e sentenças proferidas. Ainda, a fim de aprimorar mais o estudo, foram realizadas oito entrevistas, entre estagiários, juízes leigo, servidores, advogados e pessoas que procuram atendimentos nos Juizados. Vale ressaltar que tal número de entrevistas, não pretende esgotar o assunto.

A justificativa da atividade de pesquisa surge a partir da inquietação dos autores, no sentido de que vivemos em um país que possui diversas necessidades e com a grande maioria da população, de baixo poder aquisitivo, o que aparenta apresentar existir desvantagem quando se trata da defesa dos direitos destas pessoas, tendo o legislador infraconstitucional, possibilitado um mais fácil acesso ao Poder judiciário, através da lei 9099/95.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar como se deu a criação dos Juizados, bem como pormenorizar os princípios norteadores deste.

No segundo capítulo, o objetivo foi tratar do acesso à justiça, no sentido de acesso a ordem jurídica justa, e sua efetividade/eficiência através do sistema implementado pela Lei dos Juizados Especiais.

O terceiro e último capítulo do estudo, visa analisar os dados coletos através das pesquisas supracitadas e os resultados alcançados com a implantação da unidade jurisdicional na comarca de Juiz de Fora, bem como até que ponto esta unidade efetivamente atende aos anseios da população.

## **2 JUIZADOS ESPECIAIS E SUA CRIAÇÃO**

A origem dos juizados especiais se dá em 1982 com a criação de Conselhos de Conciliação e Arbitramento, devido a iniciativa de juízes gaúchos, os quais buscavam solucionar através da conciliação causas que não chegavam ao judiciário.

Apesar da natureza informal destes Conselhos, fez-se necessário observar um regulamento, composto por 18 artigos e os acordos ali firmados possuíam força executória, conforme posição do Supremo Tribunal Federal:

O chamado Juizado Informal de Conciliação, constituído à margem da Lei 7.244/84, não tem natureza pública. Os acordos, aí concluídos, valem como títulos extrajudiciais, só podendo ter força executiva nos casos previstos em lei, como na hipótese de corresponderem ao disposto no artigo 585, inc. II, do CPC. Poderão adquirir natureza de título judicial, se homologados pelo juiz competente (Lei 7.244, art. 55), o que não se verificou na hipótese em julgamento.<sup>1</sup>

A forma de solução de conflitos usada à época, apelidada de “justiça paralela”, despertou a atenção do Programa Nacional de Desburocratização, por intermédio do ministro Hélio Beltrão, que após estudos e pesquisas culminaram no projeto de Lei nº 1.950/83 e posteriormente na Lei 7.244/84.

Com a edição da lei citada anteriormente e posteriormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 98, I, atribui competência para que

---

<sup>1</sup> STF. 3ª. Turma. RE n. 6.019, Rel. ministro Eduardo Ribeiro.

a União, Distrito Federal e territórios e os Estados, possam criar os juizados especiais, traduzindo-se em verdadeira norma constitucional de eficácia limitada.

A partir daí se fez vislumbrar a força ganha por esses Conselhos de Conciliação e Arbitramento, percebendo-se assim a necessidade de uma lei que regulamentasse tal instituto, sendo então criada a Lei 9.099/95, que buscava atender às necessidades de uma justiça rápida e eficiente, que têm por objetivo a conciliação, buscando acordo ou consentimento das partes litigantes, tendo como princípios norteadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

## **2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES**

Os princípios gerais dos Juizados Especiais, encontram-se elencados no art. 2º da Lei. 9.099/95, que traduz os princípios que vão nortear os juizados especiais, em especial, a economia processual e a oralidade.

Neste sentido começará a abordar os critérios que regem as ações postuladas nos Juizados Especiais Cíveis, que constituem um novo modelo de procedimento, no qual foram limitadas as formalidades e a morosidade que existem no modelo tradicionalmente usado, sem, contudo, deixar de se observar as garantias constitucionais do processo, pois firme nas lições de José Carlos Barbosa Moreira, é preciso zelar pela constitucionalidade do provimento jurisdicional na produção de seus resultados.

Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelera-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço (MOREIRA, 2004, p.5).

Observa-se que é preciso garantia de eficiência e efetividade, sem contudo, permitir atropelos que façam com que a jurisdição não produza resultados constitucionalmente legítimos, tendo os juizados especiais, observado tal necessidade em apenas alterar o procedimento, sua sequência de atos, mas sem deixar de observar as demais garantias constitucionais do processo.

### **2.1.1. Oralidade**

É neste princípio que se encontra baseado os processos dos Juizados Especiais, isso significa que predomina a fala nas declarações prestadas pelas partes, sem comprometer as garantias constitucionais do processo.

Nos Juizados Especiais o processo deve ser regido pela oralidade desde a fase postulatória (§3º do art. 14 da Lei n. 9.099/95) até a fase da execução dos julgados, só reservando a forma escrita aos atos essenciais (§3º do art. 13 da Lei n. 9.099/95).

De tal princípio pressupõe a identidade física do juiz, pois aquele que realiza a audiência deverá julgar a causa e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias que facilita o desenvolvimento do processo, não cabendo, portanto, agravo de instrumento em tal procedimento.

### **2.1.2 Simplicidade e informalidade**

Tal princípio visa a simplificação do procedimento processual excluindo de sua competência causas complexas e perícias como aquelas que se desenvolvem no procedimento comum, pretendendo-se diminuir no que for possível os materiais juntados ao processo, reunindo somente o essencial.

Vale ressaltar que a simplicidade é instrumento da informalidade e esta não pode ser motivo de nulidade dos atos<sup>2</sup>, visto que é apenas uma simplificação para uma rápida solução da lide.

### **2.1.3 Economia processual e celeridade**

O princípio da economia processual visa conseguir maior resultado com o mínimo de esforço processual possível, sendo assim, mais célere, buscando a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, senão vejamos.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Princípios Orientadores dos Juizados Especiais. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>. Acessado em 11 de setembro de 2020.  
**3ª EDIÇÃO ESPECIAL DIREITO – JAN/JUN 2021 – ISSN1809-046X**  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

A solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º CPC; art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito. A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento." Concluindo que "busca-se, então, assegurar a duração razoável do processo, sendo relevante destacar o compromisso do Código de Processo Civil com esse princípio constitucional. (CÂMARA, 2015, p.8)

Já a celeridade processual remete a agilidade e rapidez com o fim de buscar a tutela jurisdicional no menor tempo possível, assim a celeridade tem incentivado e muito a procura por justiça, para que possa ser satisfeito de forma rápida os anseios da população. Em suma, o objetivo deste princípio consiste em ser o mais rápido possível sem que haja prejuízo ou riscos à parte, tendo como resultado a economia e a eficiência. Dessa forma, a celeridade garante a efetividade dos atos assegurando a razoável duração do processo.

### **3 O ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE**

O presente artigo busca investigar se a facilidade de acesso à justiça, conseguida através dos juizados especiais é realmente efetiva para se chegar a resolução do conflito das partes, e antes de adentrarmos na análise realizada da comarca de Juiz de Fora, se fez necessário entendermos mais sobre o Acesso à Justiça e como se deu o seu desenvolvimento.

Com a proibição de se resolver os problemas com as "próprias mãos", nasceu para o Estado o dever de assistir a sociedade jurisdicionalmente como pacificador de tais litígios, adquirindo assim o Ente o dever de prestar o serviço público da jurisdição, surgindo, portanto, o acesso à justiça.

Evidenciou-se então, que para um efetivo acesso à justiça, seria necessária uma certa segurança jurídica, na qual caberia ao magistrado, direcionar da melhor forma possível a utilização de mecanismos para maior dinamicidade ao processo a

fim de que fosse solucionado o conflito existente. Pelas palavras de Lucas Consulmagno<sup>3</sup>:

Vê-se então que uma vez que o Estado atribui a si a função e a atividade de examinar pretensões e resolver litígios (CINTRA et al, 2011), confere ao cidadão um acesso à justiça através de um processo constitucional, que observe o contraditório efetivo, a duração razoável do processo, a isonomia da atividade probatória e o tratamento prioritário conferido a determinadas pessoas e/ou casos. (PRATA, 2017. P.35 ).

Há que se perceber que a segurança jurídica, enquanto direito fundamental, é o mínimo que o Estado deve fornecer ao cidadão, este deve ser seguido por todo o processo, assegurando uma perspectiva processual, com base nas quais será possível travar relações jurídicas autênticas e eficazes. A segurança jurídica, protege a justa expectativa do cidadão na observância do ordenamento jurídico, conforme notado por Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.(CANOTILHO, 2000, apud DUARTE e JÚNIOR, 2012, p. 40).

Na obra *Acesso à Justiça* de Cappelletti e Garth, estes afirmavam que existiam dois desígnios a serem atendidos, “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos<sup>4</sup>”

É importante ressaltar que não basta somente a oportunidade de estar em juízo, deve ser garantido o acesso efetivo, observado as demais garantias constitucionais do processo, como podemos observar as seguintes palavras do professor Lucas Consulmagno<sup>5</sup>:

---

<sup>3</sup> PRATA, Lucas Goulart Consulmagno. **Processo e Constituição: Uma Análise da Prioridade de Tramitação no Contexto do Processo Constitucional**, 2017, fls. 35, **Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis/ RJ**. Disponível em: Universidade Católica de Petrópolis. Acesso em 01 de maio de 2020.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro et al. **Acesso à Justiça**.1ª ed. p.08. Porto Alegre: Pallotti. 1998.

<sup>5</sup> PRATA, Lucas Goulart Consulmagno. **Processo e Constituição: Uma Análise da Prioridade de Tramitação no Contexto do Processo Constitucional**, 2017, fls. 36, **Dissertação apresentada ao 3ª EDIÇÃO ESPECIAL DIREITO – JAN/JUN 2021 – ISSN1809-046X**  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

Observa-se então que não basta que o Estado detentor do exercício da atividade jurisdicional coloque a disposição do jurisdicionado apenas estar em juízo, não basta que se crie a instituição Poder Judiciário e admitam servidores aptos a operacionalizar a máquina, de modo que se deve garantir um acesso efetivo, observado as demais garantias constitucionais do processo. (PRATA, 2017, P. 36)

A partir desta premissa verificamos que a procura pela justiça além de ser quantitativa deve ainda ser qualitativa, o que significa não só um acesso formal a esta, mais também um acesso que observe as demais garantias do processo.

O surgimento dos juizados se dá na denominada onda de acesso à justiça, mais especificamente em seu terceiro momento tratada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) de “enfoque à justiça”, pois buscava além de uma assistência integral e instrumentos de tutela dos direitos coletivos uma transformação na estrutura judiciária que fosse capaz de proporcionar uma maior efetividade e democratização no acesso à justiça, não só possibilitando a reclamação de todos junto ao judiciário, mas que além disso que estes fossem capazes de participar do processo, o que também foi observado por Berizonce no princípio do acesso à justiça como forma de humanização e socialização do processo<sup>6</sup>.

Podemos observar que o acesso à justiça, foi consagrado no Brasil com a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXXV<sup>7</sup>, no qual, foi garantido que não será excluído da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, o mesmo princípio foi posteriormente reafirmado pela legislação infraconstitucional no Código de Processo Civil.

O acesso à justiça, direito fundamental assegurado constitucionalmente, portanto se mostra não só como uma admissão ao processo ou possibilidade de estar em juízo, mas também por uma garantia ao jurisdicionado de uma efetiva prestação

---

**Programa de Pós-Graduação, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis/ RJ** Disponível em: Universidade Católica de Petrópolis. Acesso em 01 de maio de 2020.

<sup>6</sup> THAMAY apud, BERIZONCE, Roberto Omar. **Derecho Procesal Civil Ctual**. p.05/ss. La Plat. LEP. 1999.

<sup>7</sup> BRASIL. [Constituição (1988)] . **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 15 de outubro de 2019  
**3ª EDIÇÃO ESPECIAL DIREITO – JAN/JUN 2021 – ISSN1809-046X**  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

jurisdicional, caracterizado por uma ordem jurídica justa, na qual soma-se princípios e garantias constitucionais do processo.

As ações distribuídas no âmbito dos juizados são dotadas de celeridade, o que nos leva a um procedimento ágil e rápido, que busca por uma resolução em um menor tempo possível, mas a busca por justiça não pode pautar-se somente na celeridade, deve ser observado a efetiva prestação jurisdicional, como mencionado acima e também por Jürgen Habermas:

Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. (HABERMAS, 1997, apud SOARES, 2004, p. 127).

Cabe observar também, que com as ondas renovatórias de acesso à justiça citadas por Cappelletti e Garth<sup>8</sup>, foram necessários novos meios para que se chegasse a uma composição da lide, para tanto, foram incorporados ao ordenamento, meios de composição amigável do conflito, como a mediação e a conciliação, tais medidas buscam espalhar a cultura do diálogo e da pacificação social, na qual é possível a participação dos litigantes na resolução do problema.

Tais instrumentos visam reduzir o grande número de causas que assolam o judiciário e, de tal modo acabam por incentivar outras formas de solução de pendências<sup>9</sup>.

Neste contexto é viável a reflexão que a prática da mediação e da conciliação, principalmente no âmbito dos juizados especiais, afigura-se como um meio, aparentemente eficiente de pacificação social, reduzindo o tempo e o custo das causas e assim respeitando os princípios da razoável duração do processo e da economia processual.

---

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: 1995. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acessado em 15 de outubro de 2019.

## **4 ANÁLISE DE DADOS DA COMARCA DE JUIZ DE FORA**

Para embasar a pesquisa feita através deste trabalho, foi realizada coleta de dados ao qual teve acesso na comarca de Juiz de Fora, um dos autores. A primeira etapa da pesquisa consistiu em buscar dados no sistema de informatização dos serviços das comarcas, com o intuito de obter conhecimento em maior profundidade sobre o número de atos praticados nos Juizados Especiais de Juiz de Fora, para que assim fosse possível a coleta de informações secundárias através de entrevistas individuais, realizadas com diferentes públicos.

### **4.1 DADOS COLETADOS NO SISTEMA DE INFORMATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DAS COMARCAS (SISCOM)**

O SISCOM (sistema de informatização das comarcas) é utilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais para a distribuição, controle de processos físicos, emissão e controle de mandados judiciais,

Em uma análise comparativa entre as unidades jurisdicionais que compõe o Juizado Especial de Juiz de Fora, pode-se observar a grande quantidade de processos existentes. Os dados demonstram a porcentagem exata das distribuições, das audiências realizadas, das sentenças com resolução do mérito e sem resolução do mérito feitas no período de 01 de janeiro de 2019 à 27 de maio do mesmo ano, antes da implantação do processo judicial eletrônico (PJE).

Através de tais dados contata-se que foram distribuídas 1.069 ações para a 2ª unidade jurisdicional 3º juiz de direito, 1.051 para a 1ª unidade jurisdicional 1º juiz de direito e 1.059 para a 1ª unidade jurisdicional 2º juiz de direito, totalizando surpreendentes 3.179 processos a serem analisados pela comarca de Juiz de Fora, somente no período de janeiro a maio de 2019.

Mediante tais dados, foi realizado um exame pormenorizado entre os atos processuais praticados, e pôde-se observar que em relação as distribuições realizadas neste período a 2ª UJ – 3º JD realizou 694 audiências, proferiu 595

sentenças com resolução do mérito e 371 sem resolução do mérito. Demonstrado isso, percebe-se que tal unidade consegue resolver 55,7% da sua demanda.

Já para as distribuições feitas para a 1ª UJ – 1º JD, 651 audiências foram efetivadas, 530 sentenças com resolução do mérito e 406 sem resolução do mérito foram proferidas, demonstrando que tal unidade conclui 50,4% de suas causas. Nas distribuições feitas para a 1ª UJ – 2º JD foram concretizadas 770 audiências, pronunciadas 827 sentenças com resolução do mérito e 301 sem resolução do mérito, evidenciado isto, percebe-se que tal juízo resolve 78,1% de suas lides.

Somando os atos realizados nesta comarca, constata-se que 61,4% dos pleitos que aqui chegam conseguem ser dirimidos, vale ressaltar que este aspecto trata-se de análise meramente quantitativa, devido a tal fato realizamos uma pesquisa de campo, para verificar se tal número representa uma importante marca ou se algo pode ser feito para melhorar o acesso à justiça e a eficácia nas soluções dos conflitos.

#### **4.2 DADOS COLETADOS EM ENTREVISTAS**

Antes de iniciar este tópico vale ressaltar que foram feitos dois tipos de entrevistas, uma com perguntas específicas para quem procura o Juizado Especial como parte, utilizando-se dos recursos da atermiação para entrar com suas causas e uma indagação diferente para estagiário, advogado e juiz leigo, para que dessa forma possamos observar os dois lados do procedimento previsto na Lei 9.099/95 e assim chegarmos a uma conclusão sobre a facilidade do acesso e a efetividade para solução dos conflitos.

As coletas foram feitas no período de 12 de setembro a 20 de outubro de 2019 em conversa pessoal com os entrevistados, na qual foram respondidas questões relativas ao atendimento recebido pelas partes na atermiação, sobre o acesso à justiça através do juizado especial atender as reais necessidades quando o litigante não está acompanhado por advogado ou defensor, além de questionamentos sobre o percentual de sentenças com resolução do mérito em relação ao número de distribuições realizadas no período analisado, qual seja 01 de janeiro de 2019 a 27 de maio do referido ano.

Vale ressaltar que foram feitas oito entrevistas, com o intuito de dar credibilidade ao presente estudo, não sendo possível por meio destas esgotar tal assunto, visto que para isso seria necessário um maior tempo de pesquisa e de coleta de dados.

Através dessas conferências foi possível perceber que para os entrevistados que possuem um certo conhecimento na área jurídica, o juizado especial cível não vem cumprindo com sua função de acesso à justiça e de efetiva prestação jurisdicional, conforme pode-se perceber na resposta dada pela entrevistada R.F.V, advogada, atuante na comarca de Juiz de Fora.

Apesar do número dos proferimentos de sentenças representarem 61% de resolução de problemas, deve se levar em conta que grande parte dessas sentenças podem ser correspondentes as demandas que se encontram nesta comarca há anos e que as novas demandas não tenham sido, até o momento, sequer analisadas. Julgando que o período em análise possui, em média, 100 dias úteis, e que são 3 varas cíveis e o número de audiências que são realizadas, percebemos uma média de 6 (seis) sentenças por dia. O que é um número muito baixo. Sabemos que a finalidade do Juizado Especial é a efetividade do direito com celeridade processual. Portanto, não é um bom resultado! .( R.F.V)

Tal fato também pode ser notado no retorno obtido com outro advogado, mas atuante na referida comarca como juiz leigo E.N.O.S, auxiliar da justiça da 1ª UJ – 2º JD, o qual opera nas audiências de instrução e julgamentos cíveis da supracitada unidade.

Um bom resultado seria aquele em que o número de distribuições fosse equivalente ao número de sentenças proferidas, uma vez que as sentenças sem resolução do mérito estão em menor número. Um resultado ótimo seria aquele em que as sentenças superassem o número de distribuições. (E.N.O.S)

Além da negativa obtida nos dois questionamentos anteriores, podemos observar uma terceira resposta, alcançada através de uma entrevista realizada com um estagiário de atermção, o qual possui contato direto com o público que procura os juizados cíveis na busca da proteção jurisdicional, para este a questão vai além, devendo também, ser necessário para um efetivo acesso à justiça uma maior

rigoriedade e responsabilidade no cumprimento de prazos pelas secretarias e magistrados.

É de senso comum que o tempo do curso regular de um processo no Brasil é muito longo, e pessoalmente, não acho que seja por causa da pluralidade de recursos previstos em lei, mas sim, por vícios no Poder Judiciário. Penso que a melhor forma de sanar isso seria uma maior rigoriedade e responsabilidade no cumprimento dos prazos legais das secretarias e dos magistrados. (T.D.D.F.S)

Para a outra parte dos entrevistados, pessoas já com pouco conhecimento da área jurídica e dos procedimentos e princípios que envolvem a Lei 9.099/95, o Juizado Especial vem cumprindo perfeitamente seu papel de facilitador de resolução de conflitos, é o que podemos perceber na entrevista realizada com o senhor G.M.M, de 56 anos de idade, que procurou este juízo como parte, para que fosse amparado pela tutela jurisdicional e assim conseguisse resolver seu pleito e entende que a atermiação feita pelos estagiários garante efetivamente seus direitos além de considerar o procedimento mais rápido.

Mas, deve-se levar em consideração para chegarmos a conclusão do presente estudo toda a pesquisa realizada e não só as partes isoladamente, e quando todos os dados são confrontados, percebe-se que apesar de os Juizados especiais serem um facilitador do acesso à justiça, este não vem sendo eficientes na resolução do conflito, pois existe um alto número de distribuições e um baixo número de sentenças com resolução do mérito. No caso em tela, um total 33,91% das causas não estão tendo o pedido avaliado, o que torna-se um número bem maior, quando considerados os juízos separadamente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através do presente estudo buscou-se analisar, o direito fundamental de acesso à justiça sob a perspectiva constitucional, no Juizado Especial da Comarca de Juiz de Fora e sua importância para a resolução dos conflitos da população residente desta e, assim, verificar se tal prestação jurisdicional é realmente efetiva na composição da lide.

Após essa análise ingressamos no estudo do acesso à justiça, e aqui foi possível verificar que para uma prestação jurisdicional efetiva, faz-se necessário, além da observância as garantias constitucionais do processo, um zelar por parte do magistrado, na aplicação da lei regulamentadora, além de um fornecimento de uma tutela que além de ser quantitativa, seja qualitativa, que significa, que além de um acesso formal deve-se dar um acesso justo a população que recorre a estes juízos.

Em seguida a toda essa análise, podemos observar que tal circunscrição possui um elevado número de distribuições de ações, que em sua grande maioria são de cunho consumerista e indenizatória e em comparação ao altivo número de distribuições, somente 61,4% destas são sentenciadas com resolução do mérito. Apesar de as partes que recorrem a este meio, considerarem um bom resultado, estas não possuem informação técnica necessária sobre o funcionamento do Juizados Especiais e seus princípios norteadores, nem se como se dá o tramitar dos atos processuais.

Posto isso, pode-se verificar, que quando tais dados são apresentados a pessoas que possuem um maior conhecimento da lei e das funcionalidades do Juizado, como esses números não se mostram eficientes, havendo dessa forma uma certa falha na prestação jurisdicional a população juiz-forana, nos termos e com base nas declarações obtidas.

Assim, faz-se necessário buscar formas de melhorar o acesso à justiça para as pessoas que necessitam deste para resolverem seus conflitos, já que os Juizados Especiais foram criados com o intuito de aproximar a população do Direito, de forma que fosse promovida a melhor prestação jurisdicional possível as partes. Com isso, pode-se concluir sobre a necessidade de reformas no judiciário, modificações na estruturação, inserção de maior número de magistrados e servidores capacitados, a fim de promover um melhor atendimento as partes que necessitam da tutela jurisdicional.

**THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE FROM THE VIEW  
OF CIVIL STATE SPECIAL COURTS: AN ANALYSIS OF THE TENSION  
BETWEEN EFFECTIVENESS AND FUNDAMENTAL PROCEDURAL RIGHTS IN  
THE JUIZ DE FORA – MG**

**ABSTRACT**

The present work aimed to address the apparent ease of exercising the fundamental right of access to justice through the Special Civil Courts, especially in the Juiz de Fora - MG, which were created pursuant to the provisions of article 98, I of the Federal Constitution of 1988, which determined that the Union, Federal District, Territories and States should create Special Courts, provided by court judges, or court judges and laymen, competent for the conciliation, judgment and execution of civil cases of lesser complexity, through oral and summary procedures, therefore, it is possible to analyze the effectiveness of this in the agility for the solution of conflicts in the Juiz de Fora district from the analysis of Law 9,099/95.

The work sought to succinctly estimate the training, principles and competences stipulated for special courts, as well as exemplifying what access to justice is and what makes it essential for an effective judicial provision. To this end, the research used two methodologies to gather the data that make up the study, quantitative, which grouped numbers that were transformed into graphs, and qualitative, which consisted of collecting narrative elements composed of individual experiences on the subject, such information gathered they effectively contributed to the understanding of the studied problem.

From this study, which does not reflect conclusions on all state special courts, it was possible to see that for those who use this type of procedure, the service achieved is apparently satisfactory, but when such data are presented to people with a little more of knowledge of the law, this seems to be lacking in its effectiveness in the

resolution of disputes, thus, it was necessary to investigate, and present conclusions for a better analysis of the effectiveness of the jurisdictional provision.

**KEYWORDS:** Special courts. Law 9.099/95. Access to justice. Efficiency. Conflict Resolution.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERIZONCE, Roberto Omar. **Derecho Procesal Civil actual**, La Plata. LEP, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)] . **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 06 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acessado em: 10 de setembro de 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil**, 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Ed. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DUARTE, Bento Herculano e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípio do processo civil, noções fundamentais**, 1ª ed. São Paulo. Método. 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4704-0/>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

Juizados especiais. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario-2/juizados-especiais/>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Princípios orientadores dos Juizados Especiais**. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

SISCOM - Sistema de Informatização dos Serviços das Comarcas. **Secretaria de Tecnologia da Informação**, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2019. Disponível em: <http://sti.tjrr.jus.br/index.php/suporte/central-de-informacoes-de-sistemas/categoria-info-cis/45-siscom-sistema-de-informatizacao-dos-servicos-das-comarcas>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Princípio do acesso à justiça**, Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/01/25/principio-do-acesso-a-justica/>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.







## O PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITO QUE TEM COMO PARTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Patrícia Valle Araújo<sup>1</sup>  
Pamella Carolina de Sousa Pacheco Carvalho<sup>2</sup>

### RESUMO

Explora-se os instrumentos processuais de composição dos conflitos envolvendo a Administração Pública e o particular, diante da atual crise do Poder Judiciário, cuja questão principal refere-se à aplicabilidade do método extrajudicial a mediação, dispondo em prática de novas soluções que viabilizem a celeridade, confidencialidade e principalmente o efetivo acesso à justiça. Mediante a falta de alternativas para dirimir os conflitos, a mediação torna-se uma solução pacificadora na resolução de divergências inerente à dignidade da pessoa humana e como garantia de seus direitos fundamentais. Trata a mediação como ferramenta de transformação social, trazendo o papel do mediador diante desse quadro. Pretende-se debater, além da aplicabilidade desse instituto, instrumentos que contribuam efetivamente no desafogamento do Judiciário e na pacificação social, a importância da mediação, criada para a busca de soluções rápidas e econômicas, seus princípios e diretrizes na prática para a resolução das lides, e como são aplicados em processos envolvendo a Administração Pública. Diante disso, a interpretação constitucional do Direito Administrativo confere destreza às relações mantidas entre a Administração Pública e o particular, visando garantir e facilitar a todos o acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à justiça. Mediação. Solução de conflitos. Método extrajudicial.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. E-mail: [patyvalle6@gmail.com](mailto:patyvalle6@gmail.com)

<sup>2</sup> Pós graduada em Direito Público. Pós graduada em Saúde Pública. Pós graduada em Mediação e conciliação. Pós graduanda em Direito Civil e Processual Civil. Graduada em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior. E mail: [carvalho.pamella @estacio.br](mailto:carvalho.pamella@estacio.br)

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo que tem como objetivo apresentar a mediação como método alternativo de acesso à justiça e solução de conflitos envolvendo a Administração Pública e o particular no litígio, conceituando-os e analisando sua aplicabilidade, suas vantagens e eficácia e trazer justamente a sua explanação aos problemas enfrentados na aplicação decorrente dos princípios da publicidade que rege a administração pública e da confidencialidade que rege a mediação de conflitos.

Justifica-se pela necessidade, em relação ao expressivo aumento das lides e a sobrecarga do Poder Judiciário, o qual pela ausência de recurso e estrutura humana, e como pelo árduo e difícil cumprimento dos processos, e pela demasiada onerosidade aos cofres públicos, no procedimento de cada demanda, vem deixando a desejar quanto à sua efetividade e celeridade para a resolução dos mesmos.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído e criado pela emenda Constitucional nº 45/2004, admitiu os problemas enfrentados pelo Judiciário de todo o país, realizou campanhas com o objetivo de mostrar e enfatizar as inúmeras vantagens de se utilizar a mediação e conciliação como solução pacificadora de conflitos, como a importância da figura do mediador nesse mister, reconhecendo, ainda que como instrumento alternativo, tenha o condão de dirimir controvérsias existentes entre as partes, sem que para isso fosse necessária a intervenção estatal.

Foi incentivado, assim, o uso da mediação e conciliação à população, a se servir desse mecanismo, desta forma alcançando a alteração de uma cultura pacificadora, enfatizando ser preferível um acordo razoável com maior satisfação e rapidez, há uma melhor sentença, tendo em vista que não haverá uma solução na maioria das vezes justa e igualitária, pois na sentença somente há a satisfação de uma das partes e o resultado é, em grande parte, conflituoso.

Na presente introdução pode ser lida a proposta de estudo, objetivo e justificção do presente trabalho. Em seguida, onde inicia o desenvolvimento, podem ser visualizados o conceito e a abordagem acerca dos conflitos civis e meios de

composição. Aborda sobre o os meios de composição de controvérsias, apresentando seu conceito, seus principais obstáculos e algumas das soluções e meios práticos através do Judiciário para a garantia desse direito humano e essencial ao complexo exercício da cidadania.

Acerca da mediação, traz a sua origem, o que configura o termo mediação e os principais desafios e problemas enfrentados por ele como meio alternativo de resolução de conflitos, além de algumas considerações desse instituto, as suas principais diferenças, descrevendo o papel do mediador na construção do acordo, informando, ainda as vantagens de sua utilização.

Constam também os princípios informadores e suas diretrizes para a sustentação, a importância e a observação deles para a resolução dos conflitos para que haja segurança e a celeridade nos processos, como fonte norteadora dos atos praticados dentro da mediação.

Tem-se, ainda, a finalidade de demonstrar os desafios enfrentados pela Administração na mediação, e os princípios da publicidade e confidencialidade, com o propósito de analisar um dos grandes instrumentos do Poder Judiciário para a solução de conflitos. Seu intento é alcançar maior clareza na utilização desse meio alternativo de solução e as principais diferenças entre ambos os princípios informativos, da Administração e da mediação, assim como as características e as vantagens dessa justiça para a efetividade de direitos e do acesso à justiça.

Essa pesquisa visa destacar a importância dos métodos alternativos de resolução de conflito extrajudicial tendo como parte a Administração Pública e o particular, que além de céleres e efetivos, constituem meios alternativos de acesso à justiça, promovendo o diálogo e trazendo maior satisfação às partes envolvidas, fazendo com que o cidadão se sinta acolhido em seus direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna, a qual assegura a todos o direito à proteção da dignidade da pessoa humana e da honra, entre outros.

As hipóteses levantadas nesse estudo foram no sentido de que a mediação, como mecanismo na obtenção de solução das lides envolvendo a Administração Pública, possa ser reconhecida como alternativa de solução menos onerosa, e que a mediação possa vir a contribuir para o efetivo acesso à justiça em todos os casos

visando uma sociedade melhor, mais igualitária e justa, proporcionando significativas mudanças e transformações em nossos hábitos culturais, bem como a transformar hábitos do próprio Poder Judiciário.

Nesse contexto, para o alcance dos objetivos propostos, a metodologia aplicada ao presente artigo permite classificar seu conteúdo como exploratório, pois tem o objetivo de dar maior familiaridade ao tema e torná-lo mais evidente, tendo sido realizado levantamento bibliográfico através de livros de leitura corrente e de referência informativa, publicações periódicas e leis vigentes, sendo também citados exemplos para estímulo da compreensão do tema.

## **1 CONFLITOS CIVIS E MEIOS DE COMPOSIÇÃO: CONCEITO E ABORDAGEM**

O conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito. Pode ser definido como uma crise na relação entre os indivíduos, como seres sociais que somos, mantemos relações com outras pessoas, sejam afetivas, profissionais ou quaisquer outras. Entretanto, nem sempre esse contato é livre de pontos divergentes, já que cada ser humano é um universo único em si mesmo, pois somos diferentes como sujeitos no mundo. Assim, cada um tem suas experiências pessoais, ponto de vista e compreensão de mundo que vão sendo moldadas pelas experiências de cada um e essas diferenças podem acabar gerando questões a serem solucionadas; divergências, quando um dos indivíduos deseja impor sua vontade em detrimento de outra.

Caso essas diferenças de posições sejam solucionadas entre os próprios indivíduos por meio do diálogo entre eles, não haverá uma controvérsia ou situação litigiosa, ou seja, esse conflito não será apresentado a uma terceira pessoa. Em outros termos, desde que as partes resolvam logo as diferenças, o conflito representará apenas uma situação, possivelmente desconfortável, mas que permitiu a construção de um diálogo e solução conjunta entre as partes. Possivelmente tiveram que exercer suas habilidades interpessoais, desenvolver seu senso de

convivência, senso de justiça sem que outra pessoa fosse chamada para corroborar com a solução desse conflito.

No caso em que as partes não chegam a um consenso, entretanto, quando uma delas deixa de fazer algo, é necessário um terceiro a intervir no conflito em prol da pacificação social. Nessas hipóteses há uma situação de controvérsia, ou situação litigiosa.

Segundo Tartuce (2019, p. 3), “no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrelaço de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fato coisas e pessoas”.

Sendo assim, um conflito ou disputa, se instaurado, o conflito pode ser visto como uma crise na interação humana, havendo diferenças entre eles.

Conforme Tartuce:

A palavra conflito expressa a crise vivenciada em sentido amplo, enquanto disputa remete a uma unidade controvertida. Assim, um casal recém-separado pode estar em crise (vivenciando um contexto amplo), mas enfrentar, em certo momento, uma disputa, pontual e específica, quanto ao tempo de convivência com os filhos. A expressão lide, na clássica definição de Francesco Carnelutti, retrata o conflito de interesse qualificado, por uma pretensão resistida, a expressão identifica-se com o vocábulo litígio e costuma ser usada quando alguém se refere a uma controvérsia levada a juízo para apreciação pelo Estado-juiz (TARTUCE, 2019, p. 4).

Ou seja, interesses diferentes e umas das pessoas se recusa a fazer o que a outra deseja que ela faça. Mesmo na hipótese que necessita do auxílio de terceiro para solucionar esses problemas, é sempre possível aprender algo, também evoluir em termos pessoais após o procedimento escolhido para solucionar determinada situação, seja ela qual for. É um desafio constante na busca da paz social e do bem-estar dos indivíduos.

A mesma situação se verifica no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Coteje-se, por exemplo, o art. 3º, §2º, que menciona que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015)

Na lei de mediação brasileira (Lei n. 13.140 2015), “conflito” e “controvérsia” parecem ser utilizados como sinônimos: o art. 1º, aponta que a lei versa sobre “meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a

autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (TARTUCE, 2019, p. 4).

Segundo Francesco Carnelutti, “o interesse não significa propriamente um juízo, mas sim a posição favorável à satisfação de uma necessidade” (CARNELUTTI, 1936 apud TARTUCE, 2019, p. 5).

Como se percebe há certa tensão envolvida no conflito. Satisfazer alguém, contudo, tende a ser algo mais complexo do que simplesmente apresentar a resposta oferecida pelo ordenamento jurídico. E a perspectiva jurídica busca enfrentá-la.

As relações interpessoais são marcadas por insatisfações (“estados psíquicos decorrente de carência de um bem desejado”). E “embora predominem referências negativas à sua verificação, há quem reconheça o conflito como fonte de oportunidades de melhoria que abrem caminhos para mudanças e transformações de perspectivas” (TARTUCE, 2019, p. 6).

Existem duas esferas nas quais os conflitos se desenvolvem, a interna ou psíquica e a externa ou interpessoal.

No que tange ao âmbito interno os conflitos surgem a todo instante com relação às decisões a serem tomadas, os desafios e dúvidas que envolvem essa tomada de decisão, e o nível de complexidade varia de acordo com a relevância da decisão a ser tomada. Via de regra, especialmente essa modalidade de conflito é facilmente superada. Essas situações possuem o potencial de gerar efeitos positivos no indivíduo, porém essa tomada de decisão pode ser desconfortável.

É possível lidar com esse desconforto por meio do autoconhecimento, ou com a ajuda de pessoas próximas que sejam consideradas de confiança ou de profissionais capacitados, como terapeutas ou psicólogos, sendo facilmente resolvidas, pois são decisões de menor impacto.

Já no âmbito externo os conflitos surgem entre dois ou mais indivíduos, envolvendo tomada de decisões conjuntas, o que torna ainda mais complexo o processo de solução de tais conflitos, considerando os processos internos de conflitos e outras possíveis interferências, ou seja, além daquelas decisões internas, conflitos internos sobre o que fazer, é necessário conciliar esses conflitos internos com os de outras pessoas.

Embora o conflito seja visto de forma negativa, como algo a ser desde logo negado, expurgado e eliminado, o conflito é salutar para o crescimento e desenvolvimento da personalidade pelo fato de gerar vivências e experiências valiosas para o indivíduo em seu ciclo de vida, pois tendem a incrementar virtudes da dinâmica das relações interpessoais.

Tratar um conflito de forma destrutiva gera efeitos deletérios, como a sua expansão e o aumento de técnicas de ameaça e coerção, afastando a comunicação e alongando os impasses. Além disso, quando as partes se engajam em um processo competitivo, acabam sendo acometidas por problemas como comunicação empobrecida, visão de que a solução do conflito só pode ser imposta pelo outro de forma fraudulenta ou esperta e aumento da sensibilidade quanto a diferenças (com respectiva diminuição da percepção sobre as similaridades entre os envolvidos) (TARTUCE, 2019, p. 7).

Devemos retirar essa crença que os conflitos são negativos, pois eles nos estimulam o desenvolvimento e a harmonia entre os indivíduos. Devemos também nos abrir para a percepção de que o conflito possa ser algo construtivo, afinal sua ocorrência previne a estagnação, acalora o interesse e permite a manifestação de problemas em busca da solução, “a sua capacidade de gerar motivação para resolver um problema”.

### **1.1 Meios de composição de controvérsias**

Os chamados meios alternativos de solução de conflitos são formas de resolução de um conflito que não são impostas pelo Poder Judiciário. Elas podem até mesmo ter participação do Judiciário, mas a decisão final acerca da solução será dada por um magistrado, como ocorre em uma audiência de conciliação após a propositura de uma demanda judicial, por exemplo.

Os métodos de solução de conflitos podem ser divididos em dois grandes grupos: os heterônomos e os autônomos. Os primeiros são assim denominados porque atribuem a um terceiro o poder de dizer a solução para o caso concreto. Pode-se realizar de suas formas: por meio do monopólio público-esta-tal que se efetiva pela jurisdição estatal, no qual o Estado-juiz decide coercitivamente ou por meio da designação privada, na qual o árbitro, escolhido pelas partes, aponta a solução para o conflito existente entre elas (RODRIGUES JR., 2007, p. 45).

Já os métodos autônomos revelam a pretensão de que a solução dos conflitos se dê não pela intermediação externa do Estado-juiz ou um árbitro, mas sim, representam a solução de disputa sem intervenção de autoridade judicial e podem estar inseridos no grupo autônomo, como mediação e a conciliação, ou no grupo heterônomo, como arbitragem. Dentre as principais formas de métodos alternativos de solução de conflitos, destacam-se três formas de solução de conflitos que são as seguintes: autotutela (autodefesa), autocomposição e heterocomposição.

### **1.1.1. Autotutela (Autodefesa)**

Antigamente, o modo rudimentar que os indivíduos escolhiam como meio de resolução de conflito era através da força, agindo por si próprio para obter uma posição de vantagem em relação a outra pessoa ou situação desejada, por meio da autotutela. Surgiu com isto, a “lei de talião”, que estabeleceu a premissa do “olho por olho, dente por dente”.

Tendo sido a primeira resposta encontrada pelos indivíduos para resolver os embates e controvérsias de seus interesses, era considerado um instrumento precário e aleatório, de resolução, pois não apresentava uma solução e uma garantia propriamente de justiça, mas sim a vitória do mais forte ou mais esperto e ousado sobre o mais fraco ou o mais desprovido de recursos, fazendo valer a imposição do interesse de um com o sacrifício do outro.

Segundo Giuseppe Chiovenda, a autodefesa constitui uma atividade:

[...] meramente privada, movida por impulsos e intenções particulares e egoísticos, embora consentidos e moderado pelos estados. Quanto mais se reforça a organização política, mais se restringe o campo da autodefesa, tendo em vista a natural expansão da atuação estatal (CHIOVENDA, 2008 apud TARTUCE, 2019, p. 7).

No ordenamento jurídico, em regra os principais casos em que se permite a autotutela no âmbito civil são: a legítima defesa e estado de necessidade; legítima defesa e desforço imediato na proteção possessória; autodefesa de urgência nas obrigações de fazer e não fazer.

Conforme Tartuce (2019, p. 21), “tal constatação recomenda que o intérprete deixe de lado preconceitos contra o instituto e se proponha a aplicá-lo pelo princípio da boa-fé e da razoabilidade”.

Em regra, atuando o interessado fora das hipóteses leais, configurará exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345 do Código Penal Brasileiro (CP/1940)<sup>2</sup>, e nos casos previstos em lei há ressalva da possibilidade de atuação em autodefesa (BRASIL, 1940).

Por fim, podemos concluir que a autotutela é uma modalidade em que o indivíduo por si só realiza a solução dos seus conflitos, mesmo que para isso tenha que usar de meios não convencionais ou de um caráter de urgência. Assim, segundo Tartuce (2019, p. 26), “as autotutelas existentes são aptas a possibilitar uma definição imediata em casos específicos que não podem aguardar o recurso aos órgãos judiciários sem prejuízo da continuidade de certas situações ou relações jurídicas”.

### **1.1.2 Autocomposição**

A autocomposição é a possibilidade através da qual as partes resolvem os conflitos, sozinhas ou em conjunto. Tal caso, essa possibilidade de resolver as divergências por meio consensual, sem a participação de um terceiro alheio ao conflito, culminou nas partes ou em ambas a vontade desse poder decisório, sem a necessidade deste terceiro imparcial para definir o resultado do conflito.

Portanto, a autocomposição é uma forma de resolução de conflitos, que tem como base a resolução das controvérsias das partes com uma finalidade de estruturação de um diálogo, para que através de um consentimento espontâneo de um dos envolvidos ou de ambos, uma solução pacífica, ou na maioria dos casos concessões recíprocas para que assim consigam chegar a um acordo de solução ou na chamada zona mediana.

Sendo assim, o dever do Estado de estimular as práticas autocompositivas é o que está disposto no CPC/2015, assim como o dever do Juiz, do Ministério Público,

---

<sup>2</sup> Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

da Defensoria Pública e dos advogados.

A autocomposição é gênero que dá origem a duas espécies: conciliação e mediação.

### **1.1.2.1 Conciliação**

É uma técnica de autocomposição. Com a contribuição de um conciliador, ele atuará de forma a alcançar um acordo que evite complicações futuras, com dispêndio de tempo e dinheiro.

Um profissional imparcial que intervém, mediante atividade de escuta e investigação, auxiliar os contenciosos a celebrar ou chegar a um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens, propondo saídas ou alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto (TARTUCE, 2019, p. 49).

O conciliador de forma imparcial conduzirá as partes rumo à obtenção de um acordo com vista à extinção do processo. Segundo doutrinadores, cabe ressaltar que o conciliador agirá em caso que não houve vínculo anterior entre as partes, pois o mesmo poderá sugerir soluções para o litígio.

“A conciliação pode operar-se tanto no contexto de uma demanda judicial como no âmbito de instituições privadas voltada à resolução de controvérsias (denominadas câmaras de conciliação e arbitragem)” (TARTUCE, 2019, p. 49).

No CPC/2015, percebe-se uma tendência a incentivar audiência de conciliação e mediação, tentativa do Poder Judiciário de desafogar a instituição devido a muitas demandas que não são solucionadas de maneira célere e com maior satisfação da demanda pretendida.

No mesmo sentido, Rodrigues Jr. reforça a figura de um terceiro que funciona como um intermediário entre os litigantes, e nos traz a importância de aplicar no ordenamento brasileiro a conciliação como um dos meios alternativos consensuais de resolução de disputas, por via extrajudicial ou judicial (RODRIGUES JR., 2007).

No Brasil a conciliação pode ser extrajudicial ou judicial. A conciliação extrajudicial depende exclusivamente da vontade das partes a qualquer momento. Já a conciliação judicial pode ser facultativa, as partes tomam a

iniciativa, já na obrigação, a iniciativa é dever do Juiz. Pode ser feita a qualquer momento e depende exclusivamente da vontade das partes, já a conciliação judicial ela pode ser facultativa, onde as partes tomam a iniciativa, ou obrigatória onde é o Juiz quem deve tomar a iniciativa (RODRIGUES JR., 2007, p. 48).

### **1.1.2.2 Mediação**

A mediação é um processo muito semelhante à conciliação, porém o terceiro imparcial neste caso não interfere em uma possível saída, apenas ajuda as partes a restabelecerem a comunicação entre elas, as quais deverão encontrar sozinhas uma solução plausível.

É um processo informal de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiada por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final, ajuda na identificação das necessidades pessoais de cada parte e na articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo (RODRIGUES JR., 2007, p. 50).

Ela é, portanto, um meio de resolução não hostil, que sem a imposição de sentença ou de laudos de um profissional qualificado ou formado, vem ao auxílio das partes a encontrarem seus verdadeiros interesses e preservá-los num acordo criativo, em que as duas partes saem ganhando, com o foco na solução, estimulando a cooperação entre elas. Assim, ambas as partes encontram as soluções e saem satisfeitas com a resolução ao final da mediação. Em muitas das vezes ela é aplicada a casos mais complexos.

Como Tartuce (2019, p. 197) destaca, “a mediação configura um meio consensual, porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela de em que um julgador tem autoridade para impor decisões”.

A mediação pode ser uma ferramenta considerável para a abordagem de impasses sob múltiplas perspectivas. Além de incentivar os envolvidos a agir de forma cooperativa em prol de interesses comuns ligados à superação de dilemas, auxilia as partes mostrando que são elas as protagonistas da história, por isso, as melhores em

identificar por si próprias as saídas do impasse, obtendo assim uma solução consensual e satisfatória.

No modelo transformativo, mediação é um processo em que um terceiro ajuda as pessoas em conflito a agirem com maior grau de autodeterminação e responsabilidade enquanto debatem e abordam vários tópicos e possibilidades de resolução.

[...]

No âmbito público foram traçadas diretrizes importantes pela resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e à sua peculiaridade. As previsões da resolução mencionam conjuntamente a mediação e a conciliação; apesar de traçar diretrizes éticas e princípios, o ato não definiu os meios consensuais (TARTUCE, Fernanda, 2019, p. 198-199).

Precisamos destacar que apesar de ser um assunto muito interessante, temos alguns princípios que são de fato, fundamentais para o estudo do tema.

A mediação tem importantes diretrizes para sua sustentação, os fundamentos e as características basilares que ajudam a compreender melhor as técnicas as nuances e discussões sobre cada instituto ao longo do tempo tem sido o reconhecimento dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Dentre eles o princípio da autonomia da vontade, que é a base do procedimento consensual, permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual. Está ligada à dignidade e à liberdade, traz também um ponto importante: a voluntariedade. Sendo assim, só poderá haver a mediação se as partes se propuserem a aceitar expressamente o que foi passado no início da mediação, a disposição das partes em engajar-se no diálogo. Isto é, definindo as regras e sempre respeitando o ordenamento jurídico.

Destacamos também o princípio da informalidade e independência, princípio da imparcialidade e neutralidade, princípio da oralidade, da cooperação e da boa-fé e da isonomia..

O princípio da boa-fé merece especial destaque, pois a sua aplicação nas audiências, reuniões e encontros é essencial para que haja uma comunicação honesta, sincera e justa. Essa cooperação das partes estende-se também aos conciliares e mediadores, para que os procedimentos aplicados sejam produtivos e

justos.

“A boa-fé consiste no sentimento e no convencimento íntimo quanto à lealdade, à honestidade e à justiça do próprio comportamento em vista da realização dos fins para os quais este é direcionado” (TARTUCE, 2019, p. 233).

Não havendo aplicação deste princípio, claramente haverá o comprometimento da audiência. Quanto à negociação de má-fé, normalmente acontece quando os envolvidos estão passando por algum tipo de crise, estão emocionalmente instáveis, quando a ira se transforma em ódio e/ou quando uma das partes no conflito deseja punir a outra.

É essencial que durante a mediação reconheçam que mudanças são passíveis de acontecer, novas posturas condizentes com o momento poderão ocorrer; ao longo do tempo a visão das pessoas sobre suas experiências e vivências pode se alterar. É comum logo após o conflito haver sentimentos de negação, inconformismo e raiva, sendo perfeitamente normal a perda da esperança na boa-fé alheia para cumprir o acordado e ou combinado.

O mediador busca trabalhar a confiança e a boa-fé das pessoas aplicando as técnicas consensuais e propiciando um ambiente de respeito mútuo, oportunizando esse espaço de busca de saídas produtivas para o impasse. Seu papel é fazer com que as partes possam falar abertamente, sem receios, sobre eventuais preocupações quanto aos prejuízos decorrentes da sua atuação.

### **1.1.3 Heterocomposição**

Um meio de resolução de conflitos em que um terceiro, através do poder de decisão define a resposta, tendo um caráter impositivo. E se apresenta sobre a forma da arbitragem ou jurisdição.

A heterocomposição pode ser verificada por duas vias: a arbitral, em que o terceiro, de confiança das partes, é por elas escolhido para decidir o impasse; e a jurisdicional, em que uma das partes acessa o Poder judiciário para obter uma decisão proferida por uma autoridade estatal investida de poder coercitivo (TARTUCE, 2019, p. 57).

Normalmente constitui um processo que gera resultados de “ganha e perde”, por seu caráter impositivo recorrente do julgador para pôr fim ao processo.

### **1.1.3.1 Arbitragem**

Outro meio adequado para solução de conflitos é a arbitragem, que é um método através do qual uma pessoa ou entidade privada irá buscar a solução da controvérsia apresentada pelas partes. É o processo de arbitragem que é conferido a um terceiro que não faz parte do Poder Judiciário e, diferentemente de um processo judicial, é caracterizado pela informalidade. Apesar de o procedimento ser escrito e com regras definidas por órgãos arbitrais, costuma oferecer decisão das questões pelas partes apresentadas com agilidade.

A arbitragem desponta como uma alternativa célere à morosidade do Poder Judiciário. Porém, para que haja a arbitragem, deverá haver no contrato celebrado entre as partes uma cláusula arbitral posterior à controvérsia, mediante a previsão de compromisso arbitral. Nesse caso, as partes concordam com um juiz arbitral para a solução de uma controvérsia, o que nessa hipótese evita-se é a instauração de um litígio no Poder Judiciário.

A câmara arbitral é uma entidade autônoma que é conduzida por um árbitro da escolha e confiança das partes, em que a sentença não se sujeitará a recurso ou homologação do Poder Judiciário, mas produzirá os mesmos efeitos que uma decisão proferida por um órgão jurisdicional, e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

## **2 A ADMINISTRAÇÃO NA MEDIAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA CONFIDENCIALIDADE**

O art. 37, CF/88 ilustra o princípio da publicidade, aplicado a todos os níveis de governo e a todos os poderes. Como regra geral, todos os atos deverão ter transparência, os agentes administrativos não poderão incorrer ao sigilo das

informações ou de seus atos realizados. Portanto, salvo as ressalvas legalmente estabelecidas e as decorrentes de razões de ordem lógica, todo e qualquer processo que advenha da Administração deverá ter transparência, ou seja, público, acessível a todos em termo geral e não apenas às pessoas envolvidas, no caso, as partes no processo.

A Administração não poderá manter sigilo de nenhum dos seus comportamentos, inclusive quando se trata de oferecer informações que estejam armazenadas em seus bancos de dados, quando essas forem solicitadas, razão dos interesses pelas quais ela representa quando atua. Possui o dever de manter plena transparência.

Ou seja, no princípio da publicidade, para que seus efeitos ao termo exposto tenham eficácia, é necessário que sejam divulgados para a sociedade para que os atos sejam conhecidos externamente. Além disso, relaciona-se com o Direito da Informação, que está no rol de Direitos e Garantias Fundamentais.

### **2.1. Administração Pública na mediação**

As características da mediação acima citadas apontam para um evidente conflito com os princípios do Direito Administrativo, que têm por sua vez raízes na soberania estatal e na relação vertical entre Estado e administrado, esse que há muito tempo tem sido visto como subserviente.

Na mediação, as partes se encontram em uma mesma posição, ou seja, horizontal buscando acolher aos seus interesses e necessidades de forma harmoniosa, promovendo uma forma individualizada de justiça.

A mediação do âmbito do direito administrativo pode se dar ainda na fase do contencioso administrativo – mediação administrativa, onde a autoridade administrativa elege os casos aptos à mediação e propõe às partes a adoção do meio alternativo (extrajudicial), ou ainda se dar na fase judicial, em que já há a instauração de processo no judiciário, sendo também chamada de mediação anexa à corte. (SCHMITZ, 2008 apud MAGNO, 2013, online).

"O ordenamento jurídico pátrio atual conta ainda com diversas normas que preveem o instituto da mediação, podendo-se citar como exemplo a Lei Complementar 123/06 e a Lei 8.987/95" (MAGNO, 2013, online).

À luz da experiência internacional, o ordenamento jurídico brasileiro vê a chance de propor a implementação da mediação no âmbito das relações jurídico-administrativas, podendo ser uma alternativa à judicialização excessiva e à desorganização da Administração pela interferência judicial nas políticas públicas.

Para Magno:

No que tange à mediação no âmbito do direito público, compreende uma tendência mundial de modernização da administração pública, alcançando um padrão de boa administração, transparência e eficiência, aderindo na gestão pública uma orientação voltada às formas participativas ou convencionadas, reposicionando o status jurídico do administrado frente aos serviços públicos oferecidos (MAGNO, 2013, online).

Ainda conforme Magno (2013, online), "a Comissão responsável pelo Novo CPC denota relevante atenção na questão da mediação entre disputas entre órgãos do governo e entre estes e os administrados", indicando a necessidade da:

[...] Criação de Câmaras de Conciliação dos órgãos estatais para que ali se trave a primeira tentativa de resolução dos problemas, para evitar processos desnecessários; maiores poderes aos advogados públicos: desistência de recursos, transação, possibilidade de não ingresso de recursos quando assim avaliar (BRASIL, 2010, p. 230).

Nos casos em que ocorreu a mediação entre a Administração Pública e o particular, o princípio da confidencialidade prevaleceu com base na dignidade da pessoa humana do art. 5º, X, CF/88, que dispõe que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", em detrimento do princípio da publicidade da supremacia de interesses público (BRASIL, 1988).

## **2.2 Aplicabilidade da mediação administrativa no brasil**

A mediação administrativa no Brasil não tem um lugar de destaque, pois um dos principais entraves contra a sua atuação e, se não um dos maiores, é a fala da

indisponibilidade do interesse público. Neste caso, não deixaria margem de negociação à Administração Pública, que estaria vinculada ao princípio da estrita legalidade e o da publicidade, que tem como base a transparência de seus atos a sociedade.

Um dos grandes desafios enfrentados pela mediação de conflitos quando envolve a Administração Pública como parte, vem sendo como aplicar os princípios inerentes à confidencialidade regido pela mediação, como o princípio da publicidade, quando estamos diante de uma supremacia dos interesses da coletividade sobre o particular, haja vista os conflitos entre o princípio da confidencialidade na mediação como acima citado.

Suas informações são sigilosas, o que nos remetem à segurança e confiança que os particulares envolvidos no litígio tem no procedimento realizado nas sessões de mediação, sobretudo que o que foi dito não seja usado contra ou em novo processo, em consonância com o princípio que rege a administração pública da publicidade de seus atos, ou seja, da transparência de suas ações.

Descontruindo a ideia de que a supremacia do interesse público levaria a uma preponderância apriorística dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais, Gustavo Binbenbojm assevera que a supremacia do interesse público sobre o particular, é incompatível com o comprometimento da Constituição de 1988 com a promoção dos direitos individuais, dirigida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, haveria a necessidade da efetiva proteção aos interesses individuais quando ameaçados pelos interesses gerais promovidos pelo Estado, através de uma lógica de ponderação proporcional (MAGNO, 2013, online).

Sob o ângulo da juridicidade, a publicidade e a legalidade tolerariam tanto uma atuação imperativa da Administração quanto uma atuação consensual. Os princípios da publicidade e da legalidade não evitariam que o administrador comportaria alternativas de soluções consensuais para a resolução de conflitos. Portanto, tem-se que analisar se a opção adotada consensual ou imperativa possibilita como resultado a máxima efetividade do princípio da eficiência, respeitando assim os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (MAGNO, 2013).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente trabalho constata-se que embora existam alguns entraves legais e políticos para a aplicação da mediação no âmbito da Administração Pública, tal como o princípio da publicidade que diretamente interfere na transparência das informações passadas à coletividade, como a indisponibilidade do interesse público e a falta de previsão legal.

À medida que o estudo fora realizado, a aplicação da mediação no ordenamento jurídico brasileiro é um dos métodos mais eficientes para a solução dos conflitos de maneira alternativa, trazendo inúmeros benefícios ao Estado e ao administrado, como redução dos custos, do número de processos administrativos e judiciais, celeridade, otimização das formas de comunicação, legitimidade das decisões, preservação da imagem pública e combate à indesejável judicialização excessiva na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, prevenindo futuro litígio judicial, ofertando ao administrado uma sensação de justiça, além de estreitar o relacionamento com o Estado.

No transcorrer se observou que a busca por avanço na judicialização traz essa necessidade de mudança no antigo padrão mundial de paradigmas clássicos, modernizando a Administração Pública, reposicionando o administrador para a condição em que o cidadão possa ser o colaborador, expressa essa busca por uma gestão pública de resultados.

A adoção de alternativas consensuais de soluções dos conflitos concretiza o princípio constitucional da eficiência, dando legitimidade às decisões baseadas nas soluções otimizadas.

Entretanto, a proporção que o conflito existente entres os princípios da publicidade previsto no art. 37 da CF/88, que dispõe o capítulo sobre Administração Pública e o da confidencialidade que rege a mediação, quando confrontados, há a tendência que diante da supremacia do interesse da coletividade sobre o individual, o que se prepondera é o sigilo das informações e a segurança das partes no litígio, ou seja, o princípio da confidencialidade prevalece. Portanto, segundo a CF/88, através de seu art. 5º, inciso LX, constata-se prontamente, porém de forma indireta, a propor, o princípio geral de que “todos os atos deverão ser públicos”, mantendo as

exceções em lei expressa, com as possíveis situações de afronta ao direito de privacidade, protegido no mesmo artigo, inciso X, ou interesse social, que prevalece sobre o individual por meio do princípio da solidariedade.

Sendo assim, estamos diante da proteção de um bem jurídico relevante para o constituinte originário, “a dignidade da pessoa humana”. Se para a Administração Pública a regra é a publicidade, somente excepcionável por lei, para o particular a regra é diametralmente oposta, isto é, não se permite publicar a vida privada das pessoas, não sendo esta regra excepcionável por qualquer lei ou outro ato normativo. O comando é decisivo e não dá margem a restrições.

Finda-se que o direito é uno, e essa unicidade é proporcionada pelo Direito Constitucional, com base nos seus princípios e valores constitucionais, sendo assim devemos enxergar as matérias através da constituição federal, onde em seu artigo 1 expõem os princípios fundamentais, sobre o qual a constituição é construída, tal qual traz um valor muito importante, chamado Dignidade da pessoa humana, toda a interpretação e todo o núcleo é baseada nesse valor da pessoa humana, e com isso devemos enxergar toda a constituição. Sendo assim, os princípios fundamentais são a estrutura da nossa Constituição e tem eficácia imediata, pois cada pessoa é digna, não deve ser tratada por categoria.

Para concluir, o instituto da mediação já possui um papel relevante e seus efeitos vêm acontecendo de forma muito clara e explícita, uma vez que possibilita que os mediados assumam a condução da resolução de seus conflitos. Vale destacar o aumento da satisfação de resultados quando aplicado o instituto da mediação nos assuntos de conflitos entre a Administração Pública e o particular no âmbito internacional, existindo um campo frutífero para um franco e definitivo progresso e desenvolvimento, consolidando assim um modelo de boa administração que se baseia na consensualidade e na otimização do interesse público.

## **THE PRINCIPLE OF CONFIDENTIALITY IN CONFLICT MEDIATION PART OF THE PUBLIC ADMINISTRATION**

## ABSTRACT

It explores the procedural instruments for the composition of conflicts involving the Public Administration and the private sector, in view of the current crisis of the Judiciary, whose main issue refers to the applicability of the extrajudicial method to mediation, offering in practice new solutions that enable speed, confidentiality and, above all, effective access to justice. Due to the lack of alternatives to settle conflicts, mediation becomes a pacifying solution in resolving differences inherent to the dignity of the human person and as a guarantee of their fundamental rights. It treats mediation as a tool for social transformation, bringing the role of the mediator in this context. It is intended to debate, in addition to the applicability of this institute, instruments that effectively contribute to the relief of the Judiciary and social pacification, the importance of mediation, created for the search for quick and economical solutions, its principles and guidelines in practice for the resolution of disputes, and how they are applied in processes involving the Public Administration. In view of this, the constitutional interpretation of Administrative Law confers dexterity on the relations maintained between the Public Administration and the private sector, aiming to guarantee and facilitate access to justice for all.

**KEYWORDS:** Access to justice. Mediation. Conflict resolution. Extrajudicial method.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águeda Arruda. **Mediação familiar:** instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. 2003. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil e Direito de Família e Direitos da Personalidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 29 nov. 2010. Disponível em:

[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_125\\_29112010\\_03042019145135.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf). Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995. Dispõe sobre a expedição de certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 133, n. 95, p. 2, 19 maio 1995. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/05/1995&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=88>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 1-51, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/03/2015&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=128>. Acesso em: 15 mar. 2020.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordo sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

MAGNO, Rodrigo Cardoso. [Mediação na administração pública e sua aplicação no direito brasileiro analisada à luz da experiência internacional](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 18, n. 3801, 27 nov. 2013](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25947>. Acesso em: 15 mar. 2020.

RODRIGUES JR., Walsir Edson. **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019.