

ORGANIZADORES

FRANCISCO JOSÉ VILAS BOAS NETO

CID CAPOBIANGO SOARES DE MOURA

GRACIANE RAFISA SALIBA

MÁRCIO EDUARDO SENRA N. P. MORAIS



ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO

VOLUME II

XV JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE PARÁ DE MINAS



Editora


FAPAM

ORGANIZADORES
FRANCISCO JOSÉ VILAS BOAS NETO
CID CAPOBIANGO SOARES DE MOURA
GRACIANE RAFISA SALIBA
MÁRCIO EDUARDO SENRA N. P. MORAIS

ESTUDOS RELEVANTES DE DIREITO: VOLUME II
XV JORNADA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE PARÁ DE MINAS

Editora

FAPAM
2023

Faculdade de Pará de Minas - FAPAM

Diretoria

Marcus Vinícius Barbosa de Araújo



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

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

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

ISBN: 978-65-996386-5-7

Editoria

Janaína Cunha da Silva

Texto

Francisco José Vilas Boas Neto
Cid Capobiango Soares de Moura
Graciane Rafisa Saliba
Márcio Eduardo S. N. P. Morais

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

F143e

Faculdade Pará de Minas

Estudos relevantes de direito: volume II: XV jornada de estudos jurídicos da Faculdade de Pará de Minas. / Francisco José Vilas Boas Neto; Cid Capobiango Soares de Moura; Graciane Rafisa Saliba; Márcio Eduardo S. N. P. Morais [Orgs]. -- Pará de Minas: Editora FAPAM, 2023.

179 p.

Vários autores.

Vários colaboradores.

ISBN 978-65-996386-5-7

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

CDD:340

CDU:34

PREFÁCIO

*Um livro aberto é um cérebro que fala; fechado, um amigo que espera;
esquecido, uma alma que perdoa; destruído, um coração que chora.*

Camilo Castelo Branco

É com felicidade que recebo o convite para prefaciar a obra intitulada *Estudos Relevantes de Direito: volume II – XV Jornada de Estudos Jurídicos da Faculdade de Pará de Minas*, organizada pelo Curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas (FAPAM). Para mim, trata-se de um presente, por dois motivos: i) a confiança em mim depositada na produção do prefácio que ora apresento e; ii) mais importante do que isso, a publicação da obra em si, que, para os professores pode ser apenas mais uma obra organizada a ser lançada no currículo. Porém, para os alunos representam um rito de passagem, tornando-os sujeitos ativos no processo de produção e difusão do conhecimento.

O lócus de produção desse conhecimento é a Faculdade de Pará de Minas, mantida pela Confraria Nossa Senhora da Piedade da Paróquia Nossa Senhora da Piedade de Pará de Minas, com viés cristão, localizada na cidade homônima de Pará de Minas, próxima à capital das Minas Gerais, terra de políticos importantes e de pessoas religiosas, historicamente vinculada ao deslocamento de aventureiros e bandeirantes à procura de ouro e pedras preciosas, no final do século XVII. Nessa cidade foi fundada, na década de 60, a instituição de ensino superior, com vocação para a formação de professores para a região. Deste modo, tendo como sua *alma mater* a então Universidade Católica de Minas Gerais (atual Pucminas), a IES ofertou, inicialmente, cursos de licenciatura.

Posteriormente, outros cursos foram criados, dentre eles o de Direito, que alberga estudantes de várias cidades envolventes, tais como Maravilhas, Pequi, Pitangui, Maravilhas, Papagaios, São José da Varginha, Florestal, Igaratinga, Conceição do Pará. Esses estudantes, após suas formações, prestarão seus serviços para a sociedade. Diante disso, a IES retribui a confiança nela depositada, tentando, com esforços potencializados, oferecer uma formação humana, crítica e responsável, objetivando, ainda que de modo atômico, contribuir intermédio do conhecimento, para o desenvolvimento estatal.

Voltando à questão da obra produzida, autoplagiarei outro prefácio feito para outra obra produzida na Faculdade de Pará de Minas: a produção do conhecimento é, cada vez mais, desprezada no Brasil, de forma implícita, sorrateiramente, em decorrência de uma indústria cultural que tem atendido aos apelos comerciais de grupos que, de uma forma ou de outra, querem vender seus produtos, muitas vezes, de baixa qualidade, para o sul do pobre continente

americano, desconsiderando a trajetória histórica dos povos situados abaixo da linha do Equador.

Essa imposição, como observou muito bem Celso Furtado¹ (1974) faz parte de um projeto maior de manutenção das economias periféricas, que terão suas formas de culturas destruídas em nome de um pretexto mítico de desenvolvimento econômico. Desestruturar o conhecimento, a faculdade, a cultura, auxilia no desvio da atenção da tarefa de identificação das necessidades fundamentais da coletividade.

Assim, todas as vezes em que se publica uma obra, é um suspiro que se percebe diante dessa situação triste, preocupante e pujante. A obra nasce com viés interlocutório com várias áreas do Direito. Os seus 11 estudos componentes abordam temas diversos na seara jurídica, indo, desde a essência do Direito no pensamento iluminista às nuances jurisprudenciais do processo legislativo no atual marco estatal brasileiro. Deste modo, trata-se de bibliografia aberta, que permite aos autores pesquisarem temas distintos, de acordo com seus interesses próprios, respeitando, ainda, a relevância social do conhecimento produzido.

Em sequência, confirmando a miscelânea temática, seguem os títulos dos estudos componentes da obra: i) *Trabalho infantil e influencers mirins: um estudo sobre os efeitos da não-regulamentação das redes sociais como meio de trabalho*; ii) *Câmeras de segurança como forma de monitoramento em locais de saúde e trabalho*; iii) *A transação e a (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas: análise e nuances diante do patamar civilizatório mínimo*; iv) *A incidência do dolo na lei de improbidade administrativa: uma breve análise sobre sua (ir)retroatividade*; v) *A legitimação do ato administrativo pelo processo constitucional administrativo democrático*; vi) *Teoria geral do processo legislativo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*; vii) *Imparcialidade do juízo e critérios de fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito: um estudo sob a ótica do artigo 489, do CPC/15 e artigo 93, inciso IX, da CRFB/88*; viii) *Dignidade póstuma: o direito da identidade de gênero post mortem e as dificuldades da retificação civil*; ix) *O movimento iluminista: uma análise sobre a essência do direito nos autores iluministas*; x) *Ressocialização de apenados: a omissão do estado e a possibilidade da intervenção de empresas privadas*; xi) *O contexto do sistema processual acusatório e o artigo 437, alí “B” do Código de Processo Penal Militar*.

Em relação aos seus autores, são pesquisas científicas conduzidas e produzidas pelos corpos docente e discentes da Faculdade de Pará de Minas, durante o ano de 2022. Para a maioria dos autores, trata-se da primeira pesquisa científica mais sofisticada realizada. Desse

¹ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

modo, percebe-se a fragilidade, em alguns pontos, de posicionamentos científicos sólidos e maduros.

Porém, essa maturidade é louvável e autêntica. Assim como outras artes e ofícios, escrever demanda prática, perseverança e tempo! Chegará o momento em que esses jovens estudantes alcançarão a maturação necessária e produzirão textos de grande envergadura. Porém, isso demanda tempo e eles estão no caminho certo!

Como exposto pelo marcante romancista português, no início desse prefácio, *um livro fechado é um amigo que espera*. Nesse sentido, espero que todos possam ler a obra e que esse livro esteja sempre sendo aberto. Porém, se, em algum momento ele for esquecido, estará aberto ao perdão.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Coordenador da Comissão Própria de Avaliação da FAPAM
Professor da Faculdade de Pará de Minas

SUMÁRIO

TRABALHO INFANTIL E INFLUENCERS MIRINS: um estudo sobre os efeitos da não-regulamentação das redes sociais como meio de trabalho	9
Graciane Rafisa Saliba Sílvia dos Santos Macedo	
CÂMERAS DE SEGURANÇA COMO FORMA DE MONITORAMENTO EM LOCAIS DE SAÚDE E TRABALHO	24
Graciane Rafisa Saliba Délío Augusto Silva Abreu Milton Simião da Silva Júnior	
A TRANSAÇÃO E A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: análise e nuances diante do patamar civilizatório mínimo	37
Graciane Rafisa Saliba Rafael Victor Silva Marques	
A INCIDÊNCIA DO DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: uma breve análise sobre sua (ir)retroatividade	51
Cid Capobiango Soares de Moura Daiane Laurita Lima Mendes	
A LEGITIMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PROCESSO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO	59
Clenderson Rodrigues da Cruz Steffany Santos Ribeiro Thiago César Gandra Chaves	
TEORIA GERAL DO PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	75
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais	
IMPARCIALIDADE DO JUÍZO E CRITÉRIOS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: um estudo sob a ótica do artigo 489, do CPC/15 e artigo 93, inciso IX, da CRFB/88.....	100
Fabrício Veiga Costa Vinicius Matheus dos Santos Pereira Lucas Lopes Alves Silva	
DIGNIDADE PÓSTUMA: o direto da identidade de gênero post mortem e as dificuldades da retificação civil.....	119
Fabrício Veiga Costa	

Ana Clara Donate de Sousa Sant' Ana
Letícia Gabriela Alves Silva

**O MOVIMENTO ILUMINISTA:
uma análise sobre a essência do direito nos
autores iluministas..... 132**

Lúcio Aparecido Moreira
Talisson Silva Reis

**RESSOCIALIZAÇÃO DE APENADOS:
a omissão do estado e a possibilidade da
intervenção de empresas privadas 148**

César Augusto Faria Freitas
Anna Lara Ferreira
Maria Cristina Mascarello

**O CONTEXTO DO SISTEMA PROCESSUAL
ACUSATÓRIO E O ARTIGO 437 ALÍNEA “B”
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR..... 160**

Francisco José Vilas Boas Neto
Lucas Lopes Alves Silva
Vinicius Matheus dos Santos Pereira

TRABALHO INFANTIL E INFLUENCERS MIRINS: UM ESTUDO SOBRE OS EFEITOS DA NÃO-REGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE TRABALHO

Graciane Rafisa Saliba¹
Sílvia dos Santos Macedo²

RESUMO

Conforme o processo de democratização da Internet, as redes sociais adentraram em diversas áreas, atuando como fonte de informações, meio de entretenimento e, atualmente, sendo grandes centros de compras e publicidades. Enquanto parte importante do atual cenário mercadológico, as redes sociais propiciaram a criação de uma nova profissão: os digitais *influencers*. Contudo, a regulamentação precária acerca deste novo meio de trabalho provoca uma série de efeitos questionáveis, sendo um destes a autoexposição e trabalho de menor, que por conseguinte configura uma ofensa ao princípio da dignidade humana e afeta o psicossocial infantil. O objetivo deste estudo e discussão é abordar os aspectos que envolvem a pauta, entendendo-se, assim, seus efeitos, consequências e magnitude de influência em âmbito trabalhista. Para tal fez-se necessária uma pesquisa realizada por um processo de aquisição de conhecimento sobre a realidade e desenvolvimento de pensamento reflexivo, por meio da qual concluiu-se a necessidade de regulamentação de redes sociais enquanto meio de trabalho, de forma que a legislação abarque, ainda, o trabalho indevido do menor. Deste modo, para atingir os objetivos de estudo propostos neste estudo utilizou-se do método de pesquisa descritiva por meio de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Trabalho de Menor; Trabalho Infantil Artístico; Redes Sociais; Novos Meios de Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do advento da internet e popularização das redes sociais, novos meios de trabalho emergiram, e conseqüentemente novas profissões também ganharam destaque, tal como *youtubers*, *instagrammers*, digitais *influencers* e, mais recentemente, apresentadores de *Podcasts*. Entretanto, ainda que estes profissionais dominem o mercado digital e gerem lucro usando as redes como fonte de renda, suas relações não são regulamentadas e o Direito do Trabalho não os abrange plenamente.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, professora do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professora do curso de Direito da Universidade de Itaúna.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

A normatização precária provoca a evidente falta de direitos destes trabalhadores, ao passo em que lhes eximem de responsabilidades. Não obstante, a não regulamentação das redes como meio de trabalho também deixa espaço para uma polêmica controversa: o trabalho infantil.

A autoexposição de menores e sua atuação enquanto trabalhadores criadores de conteúdo digital provoca diversos efeitos no psicossocial infantil, e a falta de regulamentação que defina limitações e direitos tende a colaborar ainda mais para que menores fiquem expostos à pressão e outros efeitos que serão explanados no presente estudo.

Diante disso, debate-se a viabilidade da interferência e delimitação desses novos meios de trabalho, surgidos de um conceito novo resultante da democratização da internet, que permanecem num limbo jurídico no território brasileiro, diversamente de temáticas penais recentemente regulamentadas, como *cyberbullying* e *stalking*.

2 OBJETIVOS

Objetiva-se abordar os efeitos causados pela não regulamentação das redes como meio de trabalho e a não inserção de influencers mirins na categoria trabalhador infantil artístico, analisando, ainda, as problemáticas acerca da autoexposição infantil.

3 METODOLOGIA

Foi utilizado o método de pesquisa descritiva com a finalidade de analisar os impactos causados pela não regulamentação das redes sociais enquanto meio de trabalho, especialmente em relação aos menores. Por meio de um estudo composto por obras de Direito do Trabalho, Constituição Federal e artigos científicos publicados.

Por meio da pesquisa, buscou-se informações a respeito do atual cenário brasileiro em relação ao trabalho infantil de qualquer espécie, relacionando, ainda, a evolução das redes sociais até o presente momento de influência massiva.

4 TRABALHO DO MENOR: UMA ANÁLISE DA ATUALIDADE

A proibição do trabalho infantil no Brasil é relativamente recente, e passou por um gradual processo até chegar nos dias atuais. Promulgado em 1891, o Decreto nº 1.313 foi a primeira lei que estabeleceu a idade mínima de 12 anos para o trabalho; a determinação legal foi extremamente significativa, especialmente levando-se em consideração que seu advento ocorreu no século da Revolução Industrial, evento marcado pela exploração excessiva de mão de obra, incluindo a mão de obra infantil. Contudo, o Decreto referenciado ainda permitia o

trabalho de crianças de 8 anos na condição de aprendiz, podendo estas laborarem por até 3 horas por dia:

Art. 4º Os menores do sexo feminino de 12 a 15 annos e os do sexo masculino de 12 a 14 só poderão trabalhar no máximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho continuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 annos até nove horas, nas mesmas condições.

Dos admittidos ao aprendizado nas fabricas de tecidos só poderão occupar-se durante tres horas os de 8 a 10 annos de idade, e durante quatro horas os de 10 a 12 annos, devendo para ambas as classes ser o tempo de trabalho interrompido por meia hora no primeiro caso e por uma hora no segundo. (DECRETO Nº 1.313, 1891)

Nota-se, portanto, que, ainda que inovadoras para a época, as delimitações ainda eram insuficientes para garantir a dignidade e direitos das crianças, quadro que foi sendo alterado ao decorrer das décadas.

4.1. O tratamento na legislação trabalhista brasileira

Atualmente a legislação brasileira define o trabalho infantil, que se refere às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 anos. Neste sentido, dispõe a Constituição Brasileira de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. (CF,1988)

Conforme art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho, a partir dos 14 (quatorze anos) é admissível o Contrato de Aprendizagem, que trata-se de contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se responsabiliza em assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho, do art. 402 ao art. 406, dispõe de uma série de dispositivos que tratam sobre a questão:

Art. 402. Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos.

[...]

Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Art. 404 - Ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas.

Art. 405 - Ao menor não será permitido o trabalho:

I - nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor Geral do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho;

II - em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.

§2º O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral.

§ 3º Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;

b) em emprêsas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;

c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;

d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.

[...]

Art. 406 - O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405:

I - desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral;

II - desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral. (CLT,1943)

Ainda, como forma de evitar abusos e descaracterizar o vínculo existente, a prestação de serviço extraordinário pelo empregado menor somente é permitida em caso excepcional, por motivo de força maior e desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento.

Não obstante, em estrita interpretação da Constituição, há de se entender que o trabalho infantil, seja ele de qualquer natureza, é vedado para menores de 14 anos. Contudo, o trabalho artístico infantil encontra amparo na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e Educação):

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado em:

a) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios;

b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

a) os princípios desta Lei;

- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral. (ECA, 1990)

Verifica-se, portanto, exceção à vedação de trabalho para pessoas abaixo dos 14 anos, desde que cumpridos os requisitos necessários que garantam a dignidade humana da criança.

4.2 O trabalho do menor na OIT

O Brasil é um dos membros fundadores da Organização Internacional do Trabalho, e possui uma representação no país desde a década de 1950. Deste modo, é natural que muitas convenções sejam alinhadas à legislação brasileira.

Acerca do trabalho do menor, a Convenção 138 da OIT trata especificamente do assunto, e chega a permitir para determinados países-membros o uso de trabalhadores de 12 anos, em certas situações:

Art. 7º — 1. As leis ou regulamentos nacionais poderão permitir o emprego ou trabalho a pessoas entre treze e quinze anos em serviços leves que:

4. Não obstante o disposto nos parágrafos 1 e 2 deste Artigo, o País-Membro que se tiver servido das disposições do parágrafo 4 do Artigo 2º poderá, enquanto continuar assim procedendo, substituir as idades de treze e quinze anos pelas idades de doze e quatorze anos e a idade de quinze anos pela idade de quatorze anos dos respectivos parágrafos 1 e 2 deste Artigo.

3. A idade mínima fixada nos termos do parágrafo 1 deste Artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos. (OIT, 1973)

Todavia, levando-se em consideração a conexão da Constituição Federal de 1988 e os dispositivos da Convenção abaixo, permanece o Brasil incapaz de admitir trabalho de menor de 14 anos:

5. Todo País-Membro que definir uma idade mínima de quatorze anos, de conformidade com a disposição do parágrafo anterior, incluirá em seus relatórios a serem apresentados sobre a aplicação desta Convenção, nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, declaração:

- a) de que subsistem os motivos dessa providência; ou
- b) de que renuncia ao direito de se valer da disposição em questão a partir de uma determinada data. (OIT, 1973)

Vale ressaltar que, corroborando a determinação do ECA, abordada no tópico anterior, a Convenção 138 da OIT é cristalina ao permitir o trabalho menor em representações artísticas, não fazendo ressalvas quanto à idade:

Art. 8º — 1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no Artigo 2º desta Convenção, para finalidades como a participação em representações artísticas. (OIT, 1973)

Resta claro, portanto, que, salvo trabalho infantil artístico, que deve ser assistido e cumprir uma série de requisitos que resguardem a criança, é vedado o trabalho de menor de 14 anos.

Por fim, válido destacar que, ainda que o trabalho artístico de menor seja considerado prejudicial à moralidade do menor, conforme art. 405, § 3º, alínea “a” da CLT, já mencionado anteriormente, é possível que seja concedida a permissão, desde que autorizado pelo Juiz de Menores, de acordo com o art. 406 da mesma lei. A imposição entra em acordo com a Convenção 138 do OIT, a última, entretanto, é mais clara ao nomear o trabalho infantil artístico.

5 NÃO REGULAMENTAÇÃO DAS REDES ENQUANTO MEIO DE TRABALHO E SEUS EFEITOS

Apesar de ter surgido nos anos 60, durante a Guerra Fria, o fenômeno Internet é visto como um marco do início do século XXI. Sua chegada ao Brasil ocorreu em 1981 por meio da Bitnet, contudo, apenas em 1995, o serviço se tornou objeto de exploração comercial, o que o encaminhou para sua popularização que se tornou expressiva a partir de 2010. (MACEDO, 2017)

A Internet que é conhecida hoje teve um claro processo de evolução, tendo sua qualidade e velocidade aprimoradas e diferentes atrativos criados, ao passo em que era usada comercialmente e como fonte de informações, também era usada para entretenimento. Segundo dados divulgados pelo IBGE, em 2021 a Internet se tornou acessível em 90,0% dos domicílios do país, e foi usada por 84,7% da população com mais de 10 anos de idade. (BRITTO, 2022)

Talvez o que mais represente a Internet atualmente, sejam as redes sociais, as quais possuem múltiplas funções, sendo capazes de informar, entreter e vender. O Instagram é o maior exemplo da diversidade de utilidades que caracterizam muitas redes, de acordo com informações apresentadas por relatório das agências de *social media We Are Social e Hootsuite*, difundidas pelo portal Resultados Digitais, ele é 3ª rede social mais usada no Brasil em 2022,

com 122 milhões de usuários, o que indica sua forte influência e poder sobre os usuários. (VOLPATO, 2022)

Logicamente, a popularidade e alto destaque de algumas redes geraram um efeito claro, a profissionalização de seu uso, de modo que o usuário deixe de ser um mero *user* para se tornar um criador de conteúdo para as redes, captando novos usuários para consumirem seu conteúdo e obter lucro. Desta forma, as redes sociais logo se tornaram fonte de renda para muitos, sendo grande parte da receita obtida mediante de publicidades pagas por marcas que querem divulgar seus serviços por meio de digitais *influencers*, que agora são vistos como uma categoria de profissionais.

Cada digital *influencer*, em qualquer rede que seja, possui um público alvo específico, existem *influencers* de maquiagem, moda, produtos para pele, e até mesmo aqueles que apenas compartilham seu *lifestyle*. E é por meio de engajamento do público e seguidores para com suas redes, que determinadas empresas captam informações de publicações, stories, e de relações dos usuários, para que possam avaliar o alcance de determinado serviço ou produto, e seu potencial de venda.

Todavia, ao contrário de alguns conceitos cibernéticos e atuais, tais como *cyberbullying* e *stalking*, que foram regulamentados em 2015 e 2021, respectivamente, o trabalho de digitais influencers e outras pessoas que trabalham produzindo conteúdo para a internet não tiveram suas relações regulamentadas. Na maioria das vezes estes profissionais ficam restritos às normas publicitárias e à meros contratos de prestação de serviços, quando na verdade o trabalho em questão ultrapassa a questão de mero divulgador, estando, por vezes, por trás do desenvolvimento de campanhas, criação do conteúdo para redes específicas e posts específicos.

Por estas razões, os profissionais do meio digital ainda estão sob uma visão deturpada de muitos, de modo que dizer que alguém é digital *influencer* ainda soa pejorativo, em que pese ser uma profissão tão digna quanto outras.

A falta da regulação deste meio de trabalho provoca impactos diversos, ao passo em que digitais *influencers* não possuem seus direitos definidos, seus deveres também não são expressos.

A não definição das responsabilidades de digitais *influencers*, incluindo *influencers* mirins, deixa seu público consumidor à mercê de diversas problemáticas, como o incentivo ao consumo excessivo, eventuais exposições à publicidade infantil e até mesmo publicidade enganosa.

6 O TRABALHO DO MENOR *INFLUENCER*: PRESSÃO E PUBLICIDADE

Ainda que haja uma série de disposições a respeito do trabalho de menores, tal como menor aprendiz, o trabalho artístico do menor parece ter sido afastado da regra geral.

É comum acompanhar em novelas personagens interpretados por atores mirins, ou assistir a programas infantis que são apresentados por crianças, para outras crianças. Em relação aos tempos atuais, a pessoa mais emblemática que representa a situação é a atriz, cantora e apresentadora Maísa Silva. Maísa iniciou sua carreira em 2005, aos 3 anos de idade, e em 2007 se tornou apresentadora do programa infantil Sábado Animado, transmitido pela emissora SBT, atendendo telefonemas e apresentando os jogos do programa. É corriqueiro viralizar na internet vídeos antigos da apresentadora ainda criança, que de forma infantil e sem ressalvas, interagia com o público do programa.

Também do SBT, o programa infantil Bom Dia & Companhia foi alvo de polêmicas em 2015, os apresentadores mirins Ana Júlia Souza e Matheus Ueta, de 8 e 11 anos, respectivamente, foram proibidos de apresentar a atração, o episódio foi motivado pela falta de consenso entre a carga horária de trabalho da dupla infantil e o entendimento do juiz Flávio Bretas Soares, do Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. (PADIGLIONE, 2015)

Entretanto, na mesma época em que uma decisão judicial neste sentido adentrava em âmbito televisivo, o sucesso estrondoso de *youtubers* mirins era esquecido e não visto como trabalho. Vídeos de cunho publicitário de crianças fazendo *unboxing* de materiais escolares ou outros vídeos com o objetivo de entreter outras crianças eram comuns, todavia, ao contrário de apresentadores mirins televisivos, *youtubers* mirins além do trabalho indevido de menor, estavam suscetíveis à uma pressão que, ainda na contemporaneidade, é difícil conter: a pressão desmedida de usuários da internet. Além de comentários em vídeos, nos quais pessoas podem dar opiniões de diversos modos, ainda existia a opção de verificar quantas vezes seu vídeo foi “descurtido”; quão prejudicial é para uma criança ter acesso à opinião negativa em massa de milhares de pessoas?

Além da pressão submetida, *youtubers* e *influencers* mirins, por fazerem conteúdo para outras crianças, produzem em seus conteúdos uma forte comunicação mercadológica direcionada a estas, uma vez que é extremamente corrente que meninos e meninas na fase infantil desejem se espelhar em seus ídolos, sejam eles personagens de desenhos infantis ou personalidades da internet. Neste sentido expõe Maíra Bosi, comunicadora e mestre em Comunicação e Cultura:

Crianças brincam, aprendem e se divertem juntas, principalmente nesse momento de pandemia” disse Maíra Bosi. “Vídeos de entretenimento como

unboxings, mães e pais que só podem dizer “sim”, ou compras imensas em lojas, por exemplo, normalmente são conteúdos comerciais velados. As crianças que se relacionam com esses vídeos, acabam acreditando nos ‘amigos’ influenciadores mirins e querendo o que eles anunciam. (BOSI, 2021)

Todavia, publicidade infantil de qualquer produto ou serviço, em qualquer meio de comunicação ou espaço de convivência da criança, é considerada uma prática ilegal e abusiva, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Ainda, o art. 227 da Constituição Brasileira de 1988 também estabelece que é responsabilidade compartilhada entre famílias, sociedade e Estado assegurar os direitos da criança com absoluta prioridade e garantir o seu melhor interesse em qualquer tipo de relação, inclusive as de consumo.

6.1. Da autoexposição

Parte significativa dos influenciadores mirins que atualmente trabalham profissionalmente com a Internet, um dia objetivaram apenas entretenimento pessoal, com intuito único de diversão. Entretanto, com o possível crescimento de números, é natural que surja uma carreira repleta de deveres, composta por uma agenda muitas vezes rigorosa e contratos com obrigações. Desta forma, o lazer e bem-estar de menores é apenas um dos seus direitos que acabam sendo ameaçados, visto que ao serem inseridas em um meio de responsabilidades sociais consistentes, os menores ficam expostos ao convívio com o mundo adulto e ao amadurecimento precoce, consequência da supressão de sua interação com outras crianças e com o meio adequado para sua faixa etária.

A autoexposição de menores pode gerar uma série de consequências não apenas em relação à saúde mental da criança, mas também a respeito de situações de perigo que não podem ser captadas por menores, que não possuem conhecimento e experiência de vida. Nesta perspectiva elucida Evelyn Eisenstein, coordenadora do Grupo de Saúde Digital da Sociedade Brasileira de Pediatria:

A criança e o adolescente não devem ter vida pública nas redes sociais. Não sabemos quem está do outro lado da tela. O conteúdo compartilhado publicamente, sem critérios de segurança e privacidade, pode ser distorcido e adulterado por predadores em crimes de violência e abusos nas redes internacionais de pedofilia ou pornografia, por exemplo. (EINSENSTEIN, 2021)

Ademais, importante salientar que a exposição exagerada de informações sobre crianças representa uma ameaça à intimidade, direito à imagem e vida privada, como dispõe o art. 99, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Deste modo, todo conteúdo publicado na internet gera dados que, no futuro, podem ser desaprovados pelos influenciadores e outros

trabalhadores mirins, por entenderem que sua vida privada foi exposta indevidamente durante a infância, levando-se em consideração que, por mais que haja autoexposição, é dever dos pais zelarem pelos atos e conteúdos consumidos por crianças em redes, uma vez que a exposição própria ou não pode colocá-los em situação de vulnerabilidade.

Quando expostos diretamente pelos pais, as crianças estão sob *sharenting*, que se trata de violação ao direito de imagem das crianças e dos adolescentes pelos próprios genitores, com a utilização das mídias sociais. O médico Roberto Santoro, alerta que o *sharenting* traz perigos objetivos e subjetivos ao desenvolvimento da criança:

Acho que a gente tem que partir primeiro de uma questão de princípio. A vida da criança não pertence aos pais. Eles são promotores do desenvolvimento da criança e do adolescente e têm que zelar por esse desenvolvimento, para que ocorra de uma maneira coerente e equilibrada, rumo a uma idade adulta em que a pessoa consiga se realizar plenamente de acordo com os seus potenciais. (SANTORO, 2021)

Santoro ainda se posiciona afirmando que tal prática pode ser considerada abuso infantil:

Essas crianças constroem uma vida falsa, de imagens e não uma vida de experiências reais. E os pais estão colaborando para a construção de uma personalidade moldada para agradar a imagem que fazem da pessoa, ou seja, de um falso self. A criança começa a passar por essa situação desde pequena. Muitas vezes, por trás desse perfil falso pode existir um grande vazio. A exploração dessas crianças por parte dos pais é uma forma de abuso infantil. (SANTORO, 2021)

Em decorrência do exposto, faz-se evidente a necessidade de uma série de dispositivos legais que abordem e delimitem todas as questões concernentes à pauta, de modo a resguardar a criança de eventuais abusos, sejam eles de vontade, de carga horária, ou supressão de seu direito de ser criança e agir como tal.

6.2. Da autonomia

Considera-se trabalhador autônomo aquele que explora sua profissão com habitualidade, por conta própria e assumindo riscos. Este, portanto, não possui vínculo empregatício. De forma clara aduz Vólia Bomfim:

Autônomo é a pessoa que trabalha habitualmente para outra pessoa física ou jurídica, explorando seu ofício ou profissão por sua conta e risco. Normalmente tem clientela diversificada, mas nada obsta que trabalhe para um único tomador, apesar de incomum. (BOMFIM, 2021)

Considerando o exposto, numa primeira análise é possível afirmar que o *influencer* mirim pode ser considerado um trabalhador autônomo, visto que todos os elementos citados lhe

são relacionados. Todavia, é digno que crianças sejam submetidas às responsabilidades inerentes a um trabalhador autônomo?

Conforme exposto, o trabalhador autônomo assume um risco e trabalha por conta própria, fato que presume uma série de responsabilidades e preparo que um menor não tem. A questão vai de encontro ao princípio da dignidade humana, que se trata de garantia constitucional que visa resguardar as necessidades vitais de cada indivíduo. E, nesse caso, torna-se preocupante ao ser imaginada as horas a que uma criança pode se submeter, de trabalho, para maior rentabilidade e lucro, sendo desconsideradas as necessidades infantis para desenvolvimento e estudo.

A autonomia, nesse caso, apesar de ser vislumbrada, deve ser questionada frente ao cenário em que acontece, com trabalhadores infantis. Ainda que não sejam encontrados, nessas relações, os requisitos para um vínculo empregatício, quais sejam: subordinação, não-eventualidade, onerosidade, pessoa física e pessoalidade, conforme art. 3º da CLT, por não serem subordinadas claramente a um empregador ou uma empresa, a relação de trabalho existe, há a prestação de labor, e por isso a possibilidade de serem então considerados trabalhadores autônomos.

Nada obstante, é manifesto que crianças necessitam de proteção e devem ter sua dignidade preservada, mas o princípio pautado é evidentemente ofendido, uma vez que menores podem ter seus direitos, momentos de lazer e educação suprimidos em favor das obrigações e responsabilidades decorrentes de seu trabalho enquanto autônomo.

7 OS IMPACTOS

Fez-se cristalino os diversos efeitos negativos os quais os menores *influencers* estão submetidos quando verificada a falta de delimitações legais que os protejam. Contudo, os impactos causados possuem ramificações diversas, que causam efeitos diversos, sendo dois destes: sexualização infantil e infantilização.

7.1. Da sexualização precoce de crianças

Em termos ainda mais atuais, é importante conhecer a rede social fenômeno do momento: o TikTok. A plataforma de vídeos curtos é um atrativo para públicos de todas as idades, incluindo crianças, que se afeiçoaram tanto ao *App* que não é estranho encontrar em lojas roupas infantis com o logotipo desta rede, menos incomum ainda ver aniversários infantis com o tema TikTok, o que indica a influência que a plataforma exerce sobre seu público menor.

O histórico e impulsionamento do aplicativo é marcado por vídeos de danças, que se tornam tendências e logo têm sua coreografia repetida por milhares de usuários. As músicas usadas podem ser diversas, mas a grande maioria não causa surpresa, a maior parte são músicas que contêm conotação sexual, e, logicamente, as coreografias acompanham a ideia da música. Juntando todo o contexto, há um resultado: menores de idade e crianças fazendo vídeos dançando de forma erotizada músicas que em sua maioria narram atos sexuais. Ademais, conforme o crescimento de número de visualizações e seguidores, os vídeos tornam-se cada vez mais profissionais, de modo que a criança exerça trabalho infantil e, ainda, produza conteúdo sexualizando o próprio corpo infantil para milhares de pessoas.

A superexposição sexualizada da criança a deixa em uma situação de vulnerabilidade perante seu público e seguidores, contudo, ainda que este público possa incluir fãs, inclui também uma considerável gama de pedófilos e outros criminosos, que podem se valer dos vídeos publicados.

Ainda que seja dever dos genitores ou cuidadores da criança zelarem pela dignidade do menor e evitem a autoexposição, faz-se necessário que as plataformas também tenham medidas a respeito da questão. O TikTok, no índice “Segurança de Menores” presente das Diretrizes da Comunidade, informa:

Nossos usuários devem atender aos requisitos de idade mínima para usar o TikTok, como estipulado nos nossos Termos de Serviço. Removemos contas de menores de 13 anos quando as identificamos. Como a nossa plataforma foi criada com a segurança de menores em mente, alguns dos nossos recursos têm restrições de idade. Os titulares de conta com menos de 16 anos de idade não podem utilizar mensagens diretas ou fazer lives e seu conteúdo é inelegível para aparecer no feed “Para você” (os limites de idade podem ser mais elevados em algumas regiões). Os titulares de conta com menos de 18 anos de idade não podem enviar ou receber presentes por meio dos nossos recursos de envio de presentes virtuais. (TIKTOK, 2022)

Entretanto, ainda que seja estipulado que a pessoa deve ter idade superior a 13 anos para a criação de uma conta, verificação alguma é feita, basta que a criança altere a data de nascimento conforme conveniente, fato que, infelizmente todos sabem que acontece. Vislumbra-se, desta forma, uma falha evidente da segurança do aplicativo, que por consequência configura perigo às crianças, ainda que a plataforma se atente em removê-las posteriormente, caso identificadas.

É necessário, portanto, a aprimoração da verificação de dados de usuários da plataforma, de forma a garantir segurança ao menor, considerando que a vida de quase toda criança já tem inegáveis aspectos online, e eles configuram grande parte do público consumidor de conteúdos

digitais. Não obstante, salienta-se que é de grande importância que os pais entendam que é necessário orientar e supervisionar os filhos para que aprendam a navegar de forma segura.

7.2. Da infantilização

Ao passo que o menor pode ser super exposto e erotizado precocemente, também é possível que haja uma infantilização do menor, que ao conquistar o público infantil, permanece com os mesmos trejeitos de criança, ainda que já seja adolescente.

Polêmico à sua época, o caso do canal de YouTube “Bel para Meninas” chamou a atenção da Internet em 2020, em situação similar, diversas análises e reportagem foram feitas a respeito da suposta super exposição e infantilização de Bel, uma youtuber pré-adolescente que gravava vídeos que, ao ver de muitos, não condiziam com sua idade. A hashtag #SalvemBelparaMeninas teve grande repercussão, e discutia sobre a infantilização da pré-adolescente, que era submetida a gravar vídeos de conteúdo infantil e muitas vezes constrangedores, que não suportavam e acompanhavam seu amadurecimento. (SERRA, 2020)

A infância deve ser respeitada, contudo, seu fim também. Assim como crianças devem poder brincar e agir de forma infantil e despreocupada, pré-adolescentes e adolescentes também devem ter sua nova fase resguardada, afinal, o amadurecimento é um ciclo, e passa por fases até chegar à idade adulta, mas o que acontece quando o início de sua fase de amadurecimento é suprimido?

Ao vislumbrarem os resultados positivos obtidos pelo sucesso com o público infantil, muitos pais que produzem com seus filhos crianças, conteúdos desde a infância deles, têm a pretensão de manter o formato até então aceito e estimado por todos, mesmo quando há o crescimento dos criadores mirins. Todavia, o preço dessa decisão é o atraso no desenvolvimento psicossocial do adolescente, que não foi permitido amadurecer e se desenvolver, estando restrito a permanecer agindo como criança, ainda que não seja mais.

Posto isto, é conclusivo que toda a cultura e normalização da autoexposição de menores na internet, principalmente enquanto produtores mirins de conteúdo, configura prejuízo ao psicossocial nos menores, de forma que ao passo em que podem sofrer a erotização precoce, também podem ser submetidos a uma infantilização forçada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que redes sociais têm exercido grande influência sobre seus usuários, que crescem mais a cada dia. Deste modo, é evidente que com sua expansão,

muitas pessoas as tomaram como meio de trabalho, se tornando produtores de conteúdo e utilizando as redes sociais como fonte de renda.

Entretanto, a profissão que tem tomado cada vez mais espaço no meio digital, e obtendo notoriedade em campos além deste, ainda não é percebida formalmente como uma profissão de fato, sendo vista como um mero passatempo, o que cria uma estigmatização capaz de provocar a inércia do tópico em seara jurídica.

A não-regulamentação das redes sociais como meio de trabalho provoca uma série de efeitos, que se estendem do mundo publicitário ao dever de responsabilidade dos digitais *influencers* para com seu público. Em decorrência da inexistência de normas que estabeleçam os direitos e deveres de pessoas que trabalham com a Internet, é comum a ordinarização de meros contratos de prestação de serviço que não englobam toda a complexidade inerente ao trabalho.

Não obstante, a falta de determinações legais deixa espaço para a ascensão irregular de menores como *influencers* mirins, que ficam propensos à extrema autoexposição e/ou *sharenting*, além de poderem sofrer impactos como erotização precoce ou infantilização, capazes de lesar o psicossocial e desenvolvimento da criança ou adolescente. É possível, ainda, que a dignidade da pessoa humana dos menores seja suprimida em razão de sua qualificação enquanto trabalhadores autônomos, visto que estes suportam os riscos do ofício exercido por conta própria, situação que pode prejudicar as atividades infantis que devem ser concedidas aos menores, além do estudo que pode ser afetado pela carga horária destinada à produção em massa de conteúdo para Internet.

Posto isto, resta claro que, enquanto o tema permanecer no limbo do jurídico brasileiro, os produtores de conteúdo digital e, por consequência, os influenciadores mirins, estarão expostos aos riscos e efeitos abordados. Faz-se necessário, portanto, a regulamentação e reconhecimento de criadores de conteúdo como trabalhadores de fato, detentores de direitos e deveres, de forma que suas ações sejam delimitadas e as problemáticas atuais sejam amenizadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891**. Estabelece providencias para regularisar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da Capital Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto Nº 5.452, de 13 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção N. 138,** Genebra - 1973. Disponível em < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm> Acesso em: 16 de setembro de 2022.

MACEDO, Herivelto Raimundo L. **Surgimento e evolução da Internet no Brasil.** Eletronet, 2017. Disponível em: < <https://www.eletronet.com/blog/surgimento-e-evolucao-da-internet-no-brasil/>> Acesso em: 17 de setembro de 2022.

BRITTO, Vinícius; NERY, Carmen. **Internet já é acessível em 90,0% dos domicílios do país em 2021.** Agência BGE, 2022. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>> Acesso em: 17 de setembro de 2022.

VOLPATO, Bruno. **Ranking: as redes sociais mais usadas no Brasil e no mundo em 2022, com insights e materiais.** Resultados Digitais, 2022. Disponível em: <<https://resultadosdigitais.com.br/marketing/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20report,com%20122%20milh%C3%B5es%20de%20usu%C3%A1rios.>> Acesso em: 16 de setembro de 2022.

PADIGLIONE, Cristina. **O material jornalístico produzido pelo Estadão é protegido por lei. As regras têm como objetivo proteger o investimento feito pelo Estadão na qualidade constante de seu jornalismo.** Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,decisao-judicial-reacende-debate-sobre-trabalho-infantil-no-meio-artistico,1725983>> Acesso em: 17 de setembro 2022.

BOSI, Maíra. **Influenciadores mirins: expressão cultural ou exploração comercial?.** Criança e Consumo, 2021. Disponível em: <<https://criancaeconsumo.org.br/noticias/influenciadores-mirins/>> Acesso em: 17 de setembro de 2022.

EISENSTEIN, Evelyn; SANTORO, Roberto. **Exposição excessiva de crianças em redes sociais pode causar danos.** Agência Brasil, 2021. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-09/exposicao-excessiva-de-criancas-em-redes-sociais-pode-causar-danos>> Acesso em: 17 de setembro de 2022.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho.** 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

TIKTOK. **Diretrizes da Comunidade.** 2022. Disponível em: <https://www.tiktok.com/community-guidelines?lang=pt_BR> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

SERRA, Yulia. **Caso Bel no YouTube: vamos respeitar de uma vez por todas os direitos das crianças e dos adolescentes.** Pais&Filhos, 2020. Disponível em: < <https://paisefilhos.uol.com.br/familia/caso-bel-no-youtube-vamos-respeitar-de-uma-vez-por-todas-os-direitos-das-criancas-e-adolescentes/>> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

CÂMERAS DE SEGURANÇA COMO FORMA DE MONITORAMENTO EM LOCAIS DE SAÚDE E TRABALHO

Graciane Rafisa Saliba¹
Délío Augusto Silva Abreu²
Milton Simião da Silva Júnior³

RESUMO: O artigo tem por finalidade tratar a respeito do uso de câmeras de segurança em locais de trabalho e em ambientes de saúde, analisando os limites inerentes ao empregador em relação ao empregado. De outro modo, busca perquirir sobre a ferramenta de filmagem nos ambientes de saúde, verificando possibilidades sobre sua aplicabilidade bem como analisando se não há ocorrência de violação a intimidade e privacidade dos pacientes e no que tange também ao sigilo profissional.

Palavras-chave: Câmeras de Monitoramento, Intimidade, Privacidade, Ambiente de Saúde, Limitação.

ABSTRACT: The article aims to address the use of security cameras in workplaces and health care environments, analyzing the limits inherent to the employer in relation to the employee. On the other hand, it seeks to inquire about the filming tool in health environments, verifying possibilities about its applicability as well as analyzing if there is no occurrence of violation of intimacy and privacy of patients and also regarding professional secrecy.

KEYWORDS: Monitoring Cameras, Intimacy, Privacy, Healthcare Environment, Limitation.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade abordar sobre a utilização de câmeras de segurança em ambientes de trabalhos de saúde, bem como demonstrar no tocante às limitações e objeções impostas pela Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, ainda apontar os direitos inerentes aos empregados e empregadores no uso desse instrumento de filmagem.

Num primeiro momento serão abordados os poderes e os limites do empregador, especialmente para o uso de câmeras dentro do estabelecimento laboral. Sabe-se que os usos

¹Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, professora do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professora do curso de Direito da Universidade de Itaúna.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

desses mecanismos devem ter uma finalidade e até mesmo uma limitação, a fim de não ferir direitos positivados pela legislação, destacando-se a privacidade e a intimidade.

Outrossim, é de suma importância vislumbrar a necessidade de câmeras em ambientes de saúde, sabe-se que o uso destas tem por finalidade a proteção de todos que se encontram naquele setor, servindo também como forma de evitar a criminalização, além de garantir um serviço mais efetivo por parte dos colaboradores. Destaca-se que há entendimentos doutrinários divergentes sobre o tema, o que permite uma discussão ainda levada ao Judiciário.

E prosseguindo no tema, aprofunda-se sobre a utilização das câmeras em ambientes da área de saúde, o que, por um lado seria uma forma de proteção dos pacientes em hospitais e clínicas, além de garantir uma melhor administração e controle profissional médico mais eficaz, entretanto, ainda não há entendimentos concretos que oficializam de forma determinada o uso de câmeras nesses ambientes, ensejando questionamentos sobre a privacidade e intimidade dos pacientes nessa seara.

Pretende-se, assim, demonstrar se há viabilidade legal, numa hermenêutica constitucional, para a utilização de câmeras de segurança nos ambientes de saúde, e como essa utilização deve ser efetivada, apontando sempre as limitações de sua aplicação e os direitos do empregador e empregado. Para tanto, o método utilizado é o doutrinário e jurisprudencial, onde destaca trechos de doutrina, leis e entendimentos os órgãos judiciais.

2. PODERES DO EMPREGADOR: LIMITES E DELINEAMENTO

O empregador é figura essencial no contrato de trabalho, sendo o responsável que dirige a prestação de serviços, sendo que o conceito trazido pela CLT, em seu art. 2º, caput, é amplo e pouco delimita a extensão do poder de vigiar: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (CLT, 1943).

Visto isso percebe-se que o empregador pode ser tanto a empresa individual ou coletiva, mas sobretudo aquela que assume os riscos das atividades, aquele que toma por si a direção da empresa e passa gerar serviços para a população. Assim, o empregador é visto como um líder criador de determinada pessoa jurídica, que está afim de fornecer mão obra e gerar produção com o intuito de obter lucro.

Observa-se também que o empregador é aquele que investe o capital em seu empreendimento, passando a exercer uma certa atividade ou atividades, mas é também aquele que assume todo o risco de toda atividade praticada, assim tendo uma responsabilidade muito

grande em todos os seus atos praticados. Dessa forma, não há poder sem hierarquia, se tornando um elemento imprescindível na hora de conceituar o empregador.

É certo que, para haver poder tem que ter subordinados para respeitar tais poderes, com isso, o poder tem que ser limitado, para que não haja um abuso de poder por parte do empregador na figura do patrão em face do empregado. Isso posto, essa fiscalização deve começar no momento de celebração do contrato, pois é no contrato que está descrito alguns poderes que o empregador detém. Atente ao art 443, caput, da CLT, que expressamente coloca a possibilidade de celebração tácita ou expressa, sendo essa verbal ou escrita: “Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado” (CLT, 1943).

É neste momento que fica acordado entre as partes todas as cláusulas e obrigações que passarão vigorar entre eles, tendo de haver o cumprimento do respectivo encargo de ambas as partes. Nesse sentido, o poder do empregador tem que ser exercido com moderação, dentro daquilo acordado entre as partes, não podendo contraditar o contrato, as leis e principalmente a dignidade do empregado tendo que se submeter a situações desonrosa.

Deste modo, Marcelo Godinho um dos doutrinadores referência no direito trabalho conceitua esse poder como: “um conjunto com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços” (DELGADO, 2014, p. 684).

Nesse prisma, o empregador auferir alguns poderes, dentre eles: de organizar, de dirigir e o disciplinar, no qual, juntando os três, torna-se possível a gestão e assunção de responsabilidades pela equipe. O poder de organizar se trata daquela aptidão de planejar a empresa como bem entender, com base na sua criação e planejamento, desde que respeitando as leis. O poder de direção é a capacidade de fiscalizar as atividades praticadas dentro do âmbito da empresa. Já o de disciplinar, diz sobre aquilo que pode ou não ser feito.

Posto isso, a limitação dos poderes é imposta além do contrato, pela própria Constituição Brasileira de 1988, proibindo condutas abusivas, devendo prevalecer a boa-fé, e observadas, notoriamente, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Assim, como transcreve a Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, incisos I ao III:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;(CF,1988)

Nota-se, pois, que esse limite constitucional deve ser interpretado tendo em vista a especificidade do Direito do Trabalho: a hipossuficiência do trabalhador. Em regra, há uma disparidade de forças entre as partes, empregado e empregador, ficando o empregado sujeito às decisões, ambições e ordens do empregador.

Seguindo esse raciocínio, a CLT, em seu artigo 3º também resguarda o limite de poder não haver o tratamento desfavorecido do empregado, assim:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
 Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (CLT, 1943)

O empregado em frente ao empregador se torna a parte mais fraca, tendo de haver então um controle para que esse poder não seja exercido de forma exacerbada e arbitrário em face da parte considerada mais frágil. Por essa razão, é necessário sempre analisar de forma cautelosa os limites que podem ser utilizados pelo empregador em relação ao empregado, de modo que não haja a violação dos direitos deste.

Por fim, a honra do trabalhador está ligada aos direitos fundamentais e os limites com delineamento devem ser aplicados de forma cautelosa, para que não haja abuso de poder da parte que é considerada mais forte, evitando práticas coercitivas ao se tratar de direitos que são fundamentais. Deste jeito, observando o espaço temporal e geográfico também para que tais medidas sejam aplicadas de forma concretas.

3. CÂMERAS NO AMBIENTE DE TRABALHO: O OLHAR DO EMPREGADOR

Sabe-se que existem diversos tipos de monitoramento no ambiente de trabalho, desde câmeras com áudios, até redes sociais e e-mails da própria empresa.

As câmeras podem ser vislumbradas como meio de direção do empregador, dentre seus poderes, uma forma de fiscalizar e estar presente de maneira mais constante.

O axioma de câmeras no ambiente de trabalho é permitido até mesmo para garantir a frequência dos funcionários e a regularidade das atividades, filmando os ambientes e seus trabalhadores.

Ademais, facilitando também no monitoramento de horas extras, faltas e o banco de horas. Além do mais, sendo bastante eficaz ao empregador, para que seja protegido o estoque, ou seja, as mercadorias da própria empresa, uma vez que é muito perigoso devido aos grandes indícios de roubos e furtos nos estabelecimentos. Por esse lado, podemos destacar noções que são ótimas para o empregador, desde que não ultrapasse a dignidade da pessoa e acabe se tornando abusiva.

Não existe uma lei que proíba essa ação, contando os limites que são visíveis na Constituição Brasileira de 1988. Porém, tanto o empregador quanto o empregado têm que estar ciente de tudo isso que está acontecendo, para evitar um contratempo, havendo um consenso entre ambas as partes, para que estejam sabendo que isso está ocorrendo como uma forma de ajudar e não de majorar ou piorar uma situação.

O art. 2º da CLT induz mecanismo que o empregador poderia usar, como o meio de câmeras, porque cabe ao empregador esse direito, mas desde que não seja extrapolado, uma vez que é o responsável pela direção da empresa: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (CLT, 1943).

Nesse sentido, seria interessante por parte do empregador informar no momento da celebração do contrato que a empresa possui essas medidas como uma forma de segurança. Outro ponto interessante a destacar ao lado do empregador, seria de evitar colocar câmeras somente em um local, mas em vários, exceto em banheiros ou em lugares que iria constranger o empregado, por exemplo, no vestiário na qual já se tornou até decisão do TST.

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA, LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S.A. LEI Nº 13.467/2017 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NOS VESTIÁRIOS DOS EMPREGADOS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - Consigne-se que o Tribunal Pleno do TST, nos autos ArgInc-1000485-52.2016.5.02.0461, decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 896-A, § 5º, da CLT, o qual preconiza que "É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria".

(TST - Ag: 112043620155010075, Relator: Katia Magalhaes Arruda, Data de Julgamento: 19/05/2021, 6ª Turma, Data de Publicação: 21/05/2021)

Pois, assim se tornariam medidas eficazes e que não levaria ao constrangimento daquele que estaria sendo filmado.

Posto isso, com a inovação da LGPD o interessante seria o monitoramento sempre de forma limitada, buscando evitar dissídios que podem vir a surgir por essa finalidade, pois está se tratando de dados e imagens de pessoas. Desde que respeitados todos esses apontamentos, a jurisprudência tem obtido o seu entendimento para esse lado permissivo da utilização de câmeras:

DANO MORAL. CÂMERAS NO AMBIENTE DE TRABALHO. O fato de haver câmeras no ambiente de trabalho, por si só, não é pressuposto para a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, desde que instaladas em locais onde não haja risco de violação de privacidade dos empregados. (TRT-4 - RO: XXXXX20165040004, Data de Julgamento: 27/10/2017, 3ª Turma)

Conforme observa-se o empregador pode usar dessa ferramenta, sob condição de não constranger ou abusar do empregado, respeitando sua intimidade e a honra. Observa-se também que, o TST também tratou desse assunto, no sentido que queria seria possível, desde que não haja excesso por parte do empregador, conforme 1ª Turma do TST, julgado em 26/08/2020:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA RESSARCITÓRIA. MONITORAMENTO DAS ATIVIDADES DOS EMPREGADOS POR MEIO DE CÂMERA. PRETENSÃO DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA CONDUTA. (TST - RR: 211625120155040014, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/08/2020, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/08/2020)

Destarte, ao se tratar das câmeras como medida de proteção, sob o olhar do empregador, tem de haver cautela e o cumprimento dos limites, sendo respeitadas a privacidade e intimidade do trabalhador, gerando um bem-estar na empresa e segurança para todos.

3.1. Câmeras como medidas protetivas no ambiente de trabalho

Primeiramente, cabe discorrer sobre o ambiente de trabalho que é aquele no qual são realizadas as atividades laborais, por meio de esforço de pessoas que participam do escritório, da produção e dos diversos locais onde podem ocorrer a prestação de serviços. Podendo, esse

ambiente variar de acordo com qual atividade é exercida, mas sendo considerado o espaço que os profissionais trabalham diariamente.

Esse meio ambiente de trabalho compõe o meio ambiente protegido constitucionalmente, conforme art. 225 da CF/88, o qual procura ter um ambiente equilibrado e justo, adepto para manter excelentes relações de trabalho e prontas para utilizar para diversas atividades.

Como visto anteriormente, é permitido câmeras no ambiente de trabalho desde que sejam observados o art.5º, inciso X da Constituição Federal e a lei 13.709/18 que trata da Lei Geral de Proteção de Dados:

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; (Constituição Federal, 1988)

A utilização de câmeras como meio protetivo vem corroborar o dever do empregador de direção e assunção de riscos, e, para isso, é essencial que ele proteja os bens materiais e imateriais da empresa. Por meio de câmeras é possível coibir furtos e muito além disso, as brincadeiras e atitudes que podem levar à assédio moral, assim como atos que venham a prejudicar a honra da empresa.

Conforme o dispositivo da CF, se caso for violado a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, terá o direito a indenização pelo dano material ou moral. O TST resguardou o direito de câmeras como medida protetiva, pois reconhece a segurança que passa para o empregador, segurança essa tanto interna quanto externa, aludida na fiscalização de modo geral.

Se for feita observando as medidas protetivas que essencial a segurança, não gera constrangimento ao empregado e assim pode ser usada, contando que seja com cautela para não ofender a moral. Pois, estaria protegendo não só o empregador como também o empregado, dessa maneira direcionando a proteção do ambiente ao todo.

3.2. Câmeras como medidas de fiscalização

Com o advento da tecnologia, surgiu uma grande onda de monitoramento seja em ruas, vias, empresas, casas, clubes, praças, etc. O intuito desse advento tecnológico é trazer segurança para todos, de modo geral, garantido um bem-estar.

Diante disso, é comum que os empregadores usem desse artefato para averiguar a condutas de seus colaboradores que no caso são os empregados, zelando pelo bom resultado do serviço e a segurança de todos. O crescente número de monitoramento acabou se tornando uma fiscalização, que resguarda sob tudo a proteção patrimonial da empresa ou do empregador.

Devido a habitualidade de haver câmeras em ambientes de trabalho, acabou facilitando para o empregador na hora de fiscalizar seus empregados, conforme citado anteriormente neste artigo. Uma vez que, facilita na hora de averiguar o ponto, hora que entrou e saiu, horas que ficou em descanso e se estão cumprindo as expectativas do empregado em sua função que foi determinada.

Nada impede o empregador usar as câmeras de monitoramento para fiscalizar seus funcionários, desde não havendo abuso, prevalecendo a boa-fé e zelando pela propriedade privada do empregado, nesse sentido o art. 7º, inciso VII, da LGPD destaca isso:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (Lei 13.709/2018)

Assim, o intuito da fiscalização passaria ser a segurança daqueles que estão ali em labore, não somente verificar se o empregado está cumprindo com suas determinadas tarefas. Ademais, a lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de proteção de dados), ainda em seu artigo 6º, inciso I menciona que se for do interesse do empregador poderia estar usando este método na condição se houver interesse legítimo e também aviso prévio para quem esteja participando fique ciente, veja bem como o artigo trata isso de forma explícita:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (Lei 13.709/2018)

Nesse prisma, para haver o monitoramento como um meio de fiscalização deveria então cumprir uma finalidade, adotando medidas que sejam vistas com bons olhares e não como negativas, evitando levantar condutas suspeitas na empresa que poderiam gerar causas graves e usar o judiciário como palco de resolução da lide. Por isso, essa prática da fiscalização tem de haver todo um cuidado pois estaria ajudando, mas se não for de forma zelosa pode gerar problemas grandes, visto que, as informações contidas dizem respeito todos aqueles que estão presentes ali no local.

4. CÂMERAS EM AMBIENTE DE TRABALHO DE SAÚDE

Muito se discute acerca do uso de câmeras em ambiente de trabalho e, principalmente no âmbito do trabalho de saúde. Atualmente, a Consolidação de Lei Trabalhistas não disciplina com regras concretas sobre o uso das câmeras em locais de trabalho, sendo necessário para tanto saber o entendimento adotado pelo TST:

DANO MORAL. CÂMERAS NO AMBIENTE DE TRABALHO. O fato de haver câmeras no ambiente de trabalho, por si só, não é pressuposto para a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, desde que instaladas em locais onde não haja risco de violação de privacidade dos empregados. (TRT-4 - RO: XXXXX20165040004, Data de Julgamento: 27/10/2017, 3ª Turma)

Em análise de decisões judiciais, nota-se que o uso de câmeras em ambiente de trabalho é permitido aos empregadores, desde que sua aplicação não se dê de forma invasiva ao ponto de ofender qualquer empregado e violar sua intimidade e privacidade. Sendo assim, é permitido o uso de câmeras como forma de segurança e até mesmo para fiscalização no ambiente de trabalho, e desde que não seja utilizada como perseguição ou ofensa ao empregado, o que pode acarretar indenização por danos morais caso viole os direitos positivados constitucionalmente e assegurados aos trabalhadores.

Nessa esteira, nos dias atuais vislumbra-se a aplicação de câmeras como medida de segurança em diversos locais, principalmente nos locais de saúde, tais como hospitais, postos de saúde e clínicas, as quais possuem o objetivo de conter a criminalidade no geral e até mesmo a criminalidade que pode ocorrer nos ambientes de prestação de serviços de saúde, principalmente nos centros hospitalares, em lugares especificadamente que ocorre diversos procedimentos realizados em pacientes, como por exemplo o cirúrgico.

A aplicação de câmeras de segurança em ambientes de saúde serve como medida de acautelar a integridade do paciente, e até mesmo para padronizar um controle de comportamento em relação aos médicos e demais pessoas envolvidas no ambiente da saúde,

inclusive, o uso dessas filmagens tem como finalidade: 1º) visualizar, registrar e guardar a imagem de um fato ocorrido, no intuito de tirar o anonimato da autoria, já que a certeza do anonimato de autoria pode ser considerado um fator facilitador/estimulador do crime; 2º) produzir provas para a investigação policial, favorecendo a diminuição da impunidade, pois também a certeza da impunidade é outro fator facilitador/estimulador do crime e 3º) vigilância ostensiva em tempo real, a qual possibilite identificar as condições de início de uma determinada ocorrência, criando a possibilidade de imediata reação para salvaguardar o patrimônio e a integridade dos indivíduos presentes nesse ambiente (tirado do parecer cremal nº 06/2011).

Nesse sentido, é possível perceber que o uso de câmeras em locais de saúde serve para conter as falhas de segurança cometidas pelos funcionários, procedimentos administrativos inadequados e quaisquer outras atividades suspeitas no hospital para que possam ser facilmente verificadas. Ademais, o uso dessas câmeras serve não só para fazer um controle interno do ambiente de saúde, coibindo ali qualquer tipo de arbitrariedade médica e administrativa, mas também para que haja um controle externo desses ambientes de saúde, com o objetivo de cessar práticas criminosas como furtos e roubos, o que coloca em risco todos presentes no local. Mais uma vez, reitera-se que o uso de câmeras é essencial para o combate de criminalidade de modo geral, assegurando a todos que sua proteção e direitos sejam resguardados por meio vídeo-visual.

Ademais, é muito comum observar em salas de hospitais o uso de câmeras, que serve também como forma de garantir uma proteção as pessoas que ali se encontram, servindo também para aumentar a produtividade e comunicação em alguns setores, ou seja, as câmeras servem não só para proteger os pacientes, mas de uma certa forma garantir a qualidade do serviço prestado pelo hospital.

Em relação há entendimentos sobre o uso de câmeras em ambientes de saúde, nota-se por meio de pesquisas que não há, ainda, qualquer posicionamento firmado de forma concreta acerca da utilização de câmeras nesses ambientes, devido ao fato do sigilo médico e ao direito de garantir a privacidade e a intimidade do paciente. Todavia, há discussões que apontam que a utilização de câmeras de segurança nesses locais é de certa forma imprescindível, haja vista que assegura ao paciente o seu direito de resgarde e ao médico a obrigação de comportamento durante qualquer ato realizado naquele local.

4.1. Direito de imagem nos ambientes de saúde: viola o direito da personalidade do empregado que se encontra no local?

Primeiramente, pontua-se que o direito de imagem é um direito da personalidade e encontra-se amparado na Constituição Federal em seu art. 5º inciso 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”. Nota-se que, a constituição impôs o princípio da inviolabilidade da imagem da pessoa, garantindo o direito a indenização tanto pelo dano material quanto pelo moral.

Em continuidade, observa-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não possui nada exposto quanto a proteção da imagem, sendo necessário utilizar do texto constitucional para resolver algumas lides. É válido ressaltar o projeto de Lei nº 3913/19, que visa tornar obrigatória a instalação de câmeras por monitoramento de vídeos, nos corredores, salas de atendimentos de urgências dos centros hospitalares públicos e privados. O projeto tem por finalidade garantir aos trabalhadores e aos pacientes um ambiente mais seguro e saudável, inclusive conforme já mencionado ao longo do artigo, o uso dessas câmeras tem por objetivo o combate à criminalidade tanto no ambiente interno como no ambiente externo.

Por essa razão, observa-se que o direito de imagens no ambiente de saúde serve não só para resguardar o trabalhador, mas como também o empregador, ou seja, há posicionamento que diz que o uso de câmeras em ambientes de saúde é obrigatório com o intuito de gerar medidas de segurança para todo o complexo de saúde e para todas as pessoas que nele se encontrarem. Sendo assim, o uso da imagem de pessoas que se encontram nesses estabelecimentos será usado não com o intuito de violar sua honra, mas sim para realizar um monitoramento do serviço prestado, e caso haja qualquer irregularidade o agente cometedor da infração possa ser responsabilizado devido ao ato perpetrado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou elucidar a possibilidade de utilização de câmeras nos ambientes de saúde, suas possibilidades e limitações. Ademais, depreende-se que em ambientes como empresas é possível o uso de câmeras desde que seja de um modo controlado, ou seja, não tendo um abuso por parte do empregador em relação ao empregado.

Essa utilização de câmeras fica dentro dos poderes do empregador, quais sejam de organizar, de dirigir e também de disciplinar. Nos quais, são utilizados a partir de sua direção,

buscando o sucesso em suas relações e uma empresa totalmente estruturada, mas devendo observar todos os limites acerca disso.

Nesse mesmo prisma, é uma questão que traz bastante divergências nos dias atuais, todavia o TST vem indicando o seu posicionamento favorável e tornando uma atividade lícita. Desta forma, servindo de norte para o empregador e o empregado, bem como para estudiosos sobre o caso.

Observa-se também que, ao se tratar de câmeras em ambientes de saúde, bem como em ambientes de psicologia, ainda não há um entendimento firmado de forma concreta, então cabe interpretar de uma forma que seja mais benéfica para ambas as partes, analisando assim de forma analógica, respeitando sempre os limites impostos pelos regulamentos existentes nesses ambientes.

Portanto, conclui-se que o artigo abordou questões reflexivas, analisando se pode haver ou não o uso de monitoramento de câmeras de segurança nos locais de saúde e nos locais de trabalho de modo geral, devendo sempre observar os limites para não invadir a privacidade das pessoas envolvidas e até mesmo não causando sanções futuras.

REFERÊNCIAS:

ALAGOAS, Conselho Regional de Medicina. **Uso de câmeras de vigilância em ambiente hospitalar.** 11 de julho de 2011. Disponível em:

https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/AL/2011/6_2011.pdf acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho.** 1943. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm acesso em: 10 de setembro de 2022.

BRASIL, **Constituição Federal, 1988.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em: 10 de setembro de 2022.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento da reclamada. Recurso de revista. Ação civil pública ajuizada pelo ministério público do trabalho. Tutela ressarcitória. Monitoramento das atividades dos empregados por meio de câmera. Pretensão de pagamento de indenização por dano moral coletivo. Poder fiscalizatório do empregador. Ausência de ilicitude da conduta.** Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/919545563/inteiro-teor-919545736> acesso em: 19 de setembro de 2022.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Indenização por danos morais. Instalação de câmeras de vigilância nos vestiários dos empregados. Indenização por danos morais. Obrigação personalíssima. Limitação da responsabilidade subsidiária.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1212344394/inteiro-teor-1212344657> acesso em: 15 de setembro de 2022.

CALABARÓ, Melissa Noronha M. de Souza. **LGPD e o monitoramento por câmeras dos empregados**. 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://noronhaadv.com.br/lgpd-monitoramento-por-cameras-dos-empregados/> acesso em: 08 de setembro de 2022.

CICCHETTO, Fabiana. **Uso de câmeras para monitoramento do ambiente de trabalho e a LGPD**. 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365775/uso-de-cameras-para-monitoramento-do-ambiente-de-trabalho-e-a-lgpd> acesso em: 08 de setembro de 2022

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. Equipe Editorial. (12 de março de 2012). **Conceito de ambiente de trabalho**. Disponível em: <https://conceito.de/ambiente-de-trabalho> acesso em: 11 de setembro de 2022.

FILHO, Edson Batista. **Câmeras como meio de fiscalização laboral**. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/cameras-como-meio-de-fiscalizacao-laboral/> acesso em: 08 de setembro de 2022.

FREITAS, Charles Leandro de. **O uso de sistemas de videomonitoramento no ambiente de trabalho das empresas**. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188446/tcc%20pronto.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em: 19 de setembro de 2022.

JURKOVICH, Victória do Amaral; **monitoramento no ambiente de trabalho por câmeras: é permitido?** 2020. Disponível em: <https://www.gazetaderiopreto.com.br/artigos/noticia/2020/09/monitoramento-do-ambiente-de-trabalho-por-cameras-e-permitido.html> acesso em: 10 de setembro de 2022.

MENEZES, Thaís Cunha; **limites no poder de direção e de controle do empregador**. Disponível em: <https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1165/TCC%20DEFINITIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em: 08 de setembro de 2022.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira; **monitoramento dos empregados por imagens eletrônicas - cuidado com o abuso!** Disponível em: http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/monitoramento_empregados.htm acesso em: 10 de setembro de 2022.

Redator PontoTel. (17 de julho de 2019). *pontotel*. **Monitoramento de funcionários é legal? Confira o que a empresa pode**. Disponível em: <https://www.pontotel.com.br/monitoramento-de-funcionarios-lei/> acesso em: 16 de setembro de 2022

A TRANSAÇÃO E A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: análise e nuances diante do patamar civilizatório mínimo

Graciane Rafisa Saliba¹
Rafael Victor Silva Marques²

RESUMO

Tem-se por objetivo discorrer acerca da possibilidade de transação de direitos trabalhistas, em razão da indisponibilidade das normas juslaborais, numa análise crítico constitucional do patamar civilizatório mínimo. A realização de acordos, sejam judiciais ou extrajudiciais, sobre direitos trabalhistas sempre gerou grande discussão entre os estudiosos do ramo, haja vista o caráter irrenunciável desses direitos e os consequentes desdobramentos oriundos de possível renúncia ou transação. Há aqueles que digam que é vedada qualquer forma de disponibilidade, bem como aqueles que visualizam as figuras das indisponibilidades absolutas e relativas. Considerando a característica cogente e imperativa das normas, bem como a hipossuficiência do empregado, surge a indagação se é possível transacionar acerca desses direitos e qual seria esse limite. Todavia, concomitantemente impera a necessidade de observância das condições mínimas de dignidade do trabalho e reconhecimento dos direitos laborais como direitos fundamentais. Parte-se da hipótese que a própria Justiça do Trabalho consagra a possibilidade de transação, ao passo que prevê a figura de conciliações, bem como a proposição de acordos extrajudiciais após a Reforma Trabalhista, nada obstante não disponha acerca de quais direitos poderão ser objeto de acordo. Deste modo, o trabalho abordará os aspectos mencionados, por meio de uma pesquisa bibliográfica, com método hipotético-dedutivo, tendo-se por relevância a extensa discussão acerca do caráter indisponível do Direito do Trabalho, mas o a ocorrência, cada vez mais acentuada, de acordos formalizados na prática processual.

Palavras-chave: Transação; Princípio da Indisponibilidade; Princípio da Proteção; Irrenunciabilidade; Patamar Civilizatório Mínimo.

ABSTRACT

The objective is to discuss the possibility of transacting labor rights, due to the unavailability of labor law standards, in a critical constitutional analysis of the minimum civilizational level. The realization of agreements, whether judicial or extrajudicial, on labor rights has always generated great discussion among scholars in the field, given the inalienable nature of these rights and the consequent consequences arising from a possible waiver or transaction. There are those who say that any form of availability is prohibited, as well as those who visualize the figures of absolute and relative unavailability. Considering the cogent and imperative characteristic of the rules, as well as the employee's hyposufficiency, the question arises whether it is possible to transact about these rights and what this limit would be. However, at the same time, there is a need to observe the minimum conditions of dignity at work and

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professora do curso de Direito da Universidade de Itaúna.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

recognition of labor rights as fundamental rights. It starts from the hypothesis that the Labor Court itself enshrines the possibility of a transaction, while providing for the figure of conciliations, as well as the proposition of extrajudicial agreements after the Labor Reform, although it does not provide about which rights may be subject to wake up. In this way, the work will approach the mentioned aspects, through a bibliographical research, with a hypothetical-deductive method, having as relevance the extensive discussion about the unavailable character of Labor Law, but the occurrence, increasingly accentuated, of agreements formalized in procedural practice.

Keywords: Transaction; Principle of Unavailability; Protection Principle; Irrevocability; Minimum Civilization Level.

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais características da norma trabalhista é a sua natureza cogente, imperativa e irrenunciável. Isso quer dizer que, ao menos em regra, não se pode dispor dos direitos trabalhistas, sendo estes reconhecidos como fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. A própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 9º, prevê a nulidade de pleno direito no caso da prática de atos que objetivam desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos juslaborais.

Todavia, a doutrina não é unânime quando se refere à extensão de tal disponibilidade, posto que há correntes que defendem a impossibilidade absoluta de transacionar sobre esses direitos, em razão da sua irrenunciabilidade, bem como há doutrina que prevê a divisão entre indisponibilidade absoluta e relativa, o qual fundamenta e limita a possibilidade de negociar sobre determinados direitos trabalhistas. Maurício Godinho Delgado desenvolveu uma teoria aplicada recorrentemente nos Tribunais Superiores, prevendo a existência de um patamar mínimo que direciona e delimita a área de disponibilidade, traduzindo-se em um verdadeiro conjunto de normas constitucionais, infraconstitucionais e princípios, que garantem ao trabalhador as garantias mínimas de dignidade e reconhecimento social do seu trabalho.

Diante deste aspecto, a presente pesquisa buscará analisar e delimitar a possibilidade de transação de direitos laborais, tendo-se por base a ideia de patamar civilizatório mínimo, anteriormente mencionado.

Logo, com o objetivo estabelecido, o trabalho será dividido em três etapas para melhor exposição da temática. Inicialmente serão apresentados os conceitos e desdobramentos dos princípios da proteção e da indisponibilidade no contexto material e processual do trabalho, posto que tais princípios serão os norteadores para se alcançar a conclusão da possibilidade de negociação neste ramo do direito. Em seguida, a pesquisa adentrará em seu principal objeto,

apresentando os principais aspectos e discussões acerca da renúncia e transação no direito do trabalho, tendo em vista o caráter irrenunciável de tais direitos, finalizando, por conseguinte, com a análise acerca do patamar civilizatório mínimo de Maurício Godinho Delgado, que possibilita concluir pela possibilidade de negociação de direitos trabalhistas, desde que estes não estejam compreendidos dentro do mínimo civilizatório garantido ao empregado.

2 OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA INDISPONIBILIDADE NO DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

O principal objetivo do Direito do Trabalho em uma linha geral é regular as relações jurídicas existentes entre empregador e empregado. Contudo, revela-se inquestionável que dentro de tal relação há uma parte hipossuficiente, qual seja o trabalhador, justificando a própria existência deste ramo jurídico.

Neste sentido, conforme prelecionado por Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 51), o Direito do Trabalho, além de uma função econômica, social e coordenadora³, teria como foco a função tutelar, que objetiva, sobretudo, proteger a parte fraca na relação empregatícia. As próprias normas trabalhistas, em sentido amplo, incluindo, princípios e regras, são destinados a proteger a parte frágil da relação e também promover melhorias sociais, econômicas e ambientais ao trabalhador. Diante da existência dessa fragilidade, surge no Direito do Trabalho e a figura do Princípio da Proteção.

Maurício Godinho Delgado esclarece, sobre o princípio da proteção, sobre a sua estrutura e essencialidade, vindo consagrar o cerne da relação de trabalho:

Princípio da Proteção — informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção a parte hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro—, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho (DELGADO, 2012, p. 190).

³ Para Carlos Bezerra Leite, a função econômica deriva de parte da doutrina que entende o direito do trabalho como uma espécie de apêndice do direito econômico, e visaria a realização de valores econômicos, de forma que qualquer vantagem que o trabalhador tenha, deve ser precedida de um suporte econômico. Já a função social, diz respeito ao enaltecimento do direito do trabalho como valor social, tendo por cerne a própria dignificação da pessoa que trabalha por meio de atividade que lhe assegure uma vida digna de ser vivida. Por fim, a função coordenadora, nos termos do autor, é reconhecida pela doutrina que vê o direito do trabalho como instrumento de coordenação entre os interesses representados por duas forças contrárias: o capital e o trabalho. Assim, a função do ramo jurídico seria coordenar os interesses contrapostos de empregador e empregado, mas sem levar em conta a vulnerabilidade dos sujeitos da relação (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 50-51).

Desta forma, resta claro que o escopo do princípio protetor é atenuar a desigualdade entre o trabalhador e o empregador, o que vem a justificar a existência do Direito do Trabalho (JORNE NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 206).

Tais conceitos e definições se referem substancialmente ao Direito do Trabalho enquanto direito material, sendo praticamente incontroversa a existência da hipossuficiência do empregado. Contudo, quando se desloca tal discussão para o Direito Processual, há divergências acerca da aplicação ou não de um Princípio da Proteção. Isso porque, no âmbito do processo, na aplicação do poder jurisdicional, não caberia ao julgador dispender tratamento diferente às partes, de modo a beneficiar o empregado em termos processuais. Assim, por essa parcela de estudiosos, questiona-se onde estaria o limite entre adotar essa proteção e decidir a lide, julgar o processo em prol do trabalhador (OLIVEIRA, 2015).

Sérgio Pinto Martins, por exemplo, ao se referir ao *in dubio pro operario*⁴, constata que não se pode levar o princípio da proteção de forma absoluta ao processo do trabalho, de modo a decidir em favor do empregado mesmo quando há dúvida sobre as questões levadas ao processo. Neste sentido:

Pode ser desmembrado o princípio da proteção em três: (a) o *in dubio pro operário*; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador. Na dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador ao se analisar um preceito que encerra regra trabalhista, o *in dubio pro operário*. O *in dubio pro operário* não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333, do CPC, e 818, da CLT. (MARTINS, 2012, p. 69).

Entretanto, para outra parcela da doutrina, o princípio da proteção aplica-se tanto ao direito material, quanto ao direito processual, sendo que por meio dele busca-se compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto (RODRIGUEZ, 1992, p. 243-254 apud LEITE, 2018, p. 112).

Assim, o princípio da proteção processual estaria presente para, de forma concreta, efetivar direitos materiais, sejam por vários motivos tais como a desigualdade econômica, o

⁴ Para alguns doutrinadores, o princípio da proteção, no direito material, se desdobra em outros três princípios, quais sejam: o *in dubio pro operario*, a norma mais favorável e a condição ou cláusula mais benéfica. O princípio do *in dubio pro operario* traduz o entendimento de que frente a uma norma que permite mais de uma interpretação, deverá prevalecer aquela mais favorável ao empregado. Quanto à aplicação da norma mais favorável, trata-se de princípio que informa a aplicação da norma laboral, prelecionando que caso exista mais de uma norma no ordenamento jurídico vigente versando sobre direitos trabalhistas, deverá prevalecer aquele que melhor favoreça o empregado. Por fim, em relação ao princípio da condição mais benéfica, traduz que existindo uma condição ou alguma cláusula contratual anterior e, posteriormente surgir nova norma que verse sobre o mesmo assunto, prevalecerá a anterior, salvo se a posterior for mais benéfica (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 105-111).

desemprego estrutural, o desequilíbrio para a produção de provas, entre outros aspectos que diretamente ou indiretamente podem atingir o processo.

Em sua obra, Wagner D. Giglio (2000, p. 67) apresenta exemplos concretos que demonstram a existência da proteção processual, seja pela gratuidade judiciária que isenta o pagamento de custas e despesas, mas que atinge somente o empregado e não o empregador (ao menos em regra), o próprio impulso oficial *ex officio* que beneficia o reclamante empregado, entre outras.

Caberia ao juiz, portanto, no caso concreto, buscar uma igualdade dos sujeitos processuais, de forma a consagrar o acesso à justiça e também a efetivação legal do Direito do Trabalho.

Conceituado o Princípio da Proteção, faz-se necessário, neste momento tratar acerca do Princípio da Irrenunciabilidade. Uma das principais características dos direitos trabalhistas, é serem irrenunciáveis. Trata-se de uma impossibilidade e inviabilidade de ordem técnico-jurídica, que impede o empregado, notoriamente hipossuficiente na relação jurídica conforme já esclarecido, de abrir mão, por simples e manifesta vontade, dos direitos, vantagens e proteções concedidas ao sujeito pelo ordenamento jurídico trabalhista, bem como concedidos por meio do contrato de trabalho (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 209).

O art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, preleciona que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos naquela Consolidação. (BRASIL, 1943). Outrossim, a Súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho consagra a existência da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, ao passo que prevê: O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

No âmbito processual, o princípio da indisponibilidade se mostra como um verdadeiro apenso da indisponibilidade do direito material (LEITE, 2018, p. 119). Isso porque o direito material do trabalho é notoriamente reconhecido pela vastidão das normas de ordem pública, cogentes, de verdadeiro interesse social, que ultrapassa a vontade das partes, buscando a real efetivação dos direitos e garantias sociais trabalhistas, previstas, sobretudo, na ordem constitucional.

Nada obstante o entendimento acerca da vedação à livre disposição dos direitos trabalhistas, há aqueles que acreditam na possibilidade de transação, conforme será explanado na segunda parte do presente trabalho.

3 A TRANSAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA E A IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Realizadas as considerações no que se refere à irrenunciabilidade dos direitos trabalhista, surge a indagação do presente trabalho: seria possível transacionar, portanto, acerca de direitos laborais? Não se trataria, em termos gerais, de renunciabilidade, ainda que parcial, de direito fundamental?

Num primeiro momento é necessário compreender a diferença entre a renúncia e a transação, uma vez que, conforme abordado anteriormente, a renúncia a direito indisponível seria vedada pelo ordenamento jurídico, contudo admitir-se-ia a transação.

Em termos gerais de processo, conforme a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves, quando se trata de autocomposição, estar-se-ia falando do gênero, cujas espécies seriam três: a transação, a submissão e a renúncia. (NEVES, 2021, p. 65)

A renúncia prevê exercício de vontade unilateral, referente a um ato da parte que abre mão de seu direito, teoricamente legítimo, em troca de nada (NEVES, 2021, p. 65). Ou seja, simplesmente há uma abdicação do direito, diferente da submissão, o qual um sujeito se submete à pretensão do outro.

Todavia, ao se tratar de transação, há um sacrifício recíproco de ambas as partes, sendo que cada sujeito abdica de forma parcial de sua pretensão original, buscando-se, assim, um acordo de vontades.

Ou seja, nada obstante no Direito do Trabalho a regra ser a irrenunciabilidade⁵ do direito, não poderá ser encarado de forma absoluta, mas sim de forma relativa. Nesse sentido:

A indisponibilidade de direitos trabalhistas pelo empregado constitui-se em regra geral no Direito Individual do Trabalho do país, estando subjacente a pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: arts. 9º, 444 e 468, CLT. Isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa geral realiza no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho. A indisponibilidade inerente aos direitos oriundos da ordem justaltrabalhista não tem, contudo, a mesma exata rigidez e extensão. Pode-se, tecnicamente, distinguir entre os direitos imantados por indisponibilidade absoluta ao lado de direitos imantados por uma indisponibilidade relativa” (DELGADO, 2019, p. 216).

⁵ Mauricio Godinho Delgado preleciona que o termo correto não seria irrenunciabilidade, mas sim “indisponibilidade”, visto que o princípio “vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos – transação, portanto. (DELGADO, 2021, p. 201 apud JORGE NETO; CAVALCANTE, 2018, p. 209).

Isso posto, Maurício Godinho Delgado divide as normas trabalhistas em normas de indisponibilidade absoluta e aquelas de indisponibilidade relativa. As normas de indisponibilidade absoluta, são aquelas que atraem o interesse público, tratando-se de expressões mínimas para o respeito e a garantia da dignidade da pessoa humana. Seriam exemplos a assinatura da CTPS, o salário mínimo, a incidência de normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador (DELGADO, 2019. p. 253).

Por outro lado, as normas de indisponibilidade relativa, se traduzem em direitos individuais ou bilaterais simples (DELGADO, 2019. p. 253), que não se revelam como um “padrão civilizatório mínimo”, conceito este trazido por Maurício Godinho Delgado que será melhor explanado na terceira e última parte deste trabalho. Alguns exemplos seriam a negociação sobre a modalidade de salário (fixo ou variável), desde que tal alteração não influa em prejuízo ao empregado.

Desta forma, tratando-se de parcelas de direitos de indisponibilidade relativa, poder-se-ia haver transação, mas não renúncia.

Entretanto, Sérgio Pinto Martins afirma que apenas se pode transacionar quando há a existência de *res dubia*, ou seja, dúvida na relação jurídica, não podendo haver, portanto, transação sobre verbas rescisórias, posto que não há dúvida, vez que as verbas são inquestionavelmente devidas e o processo somente mostrará o quantum devido (MARTINS, 2012, p. 71). Percebe-se que o referido autor adota uma tese mais restritiva em relação à transação. Cita-se, a propósito:

A transação interpreta-se restritivamente (art. 843 do CC), assim como os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente (art. 114 do CC); porém, a assistência na rescisão do contrato de trabalho não importa transação, pois inexistente *res dubia* e concessões mútuas no pagamento das verbas rescisórias (art. 840 do CC), apenas são saldadas as importâncias devidas ao empregado. Assim, a transação tem de ser interpretada restritivamente (art. 114 do CC), mas não pode implicar renúncia de direitos trabalhistas (MARTINS, 2012, p. 71).

Cabe lembrar que a Reforma Trabalhista - Lei nº. 13.467/2017 - mudou drasticamente a forma de se ver a jurisdição voluntária no âmbito do processo trabalhista. Antes da vigência da referida lei, era comum que acordos extrajudiciais realizados por empregados e empregadores não fossem reconhecidos na justiça.

Contudo, com o advento da Reforma Trabalhista, foram inseridos dois artigos na CLT que consolidaram a possibilidade de realização de acordos extrajudiciais, que podem ser levados ao juiz para a competente homologação.

Trata-se do capítulo III-A, que recebeu o título “Do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial”, trazendo nos artigos 855-B a 855-E, o procedimento da referida ação. Ou seja, consagrou de forma clara a possibilidade de transação de direitos trabalhistas, tidos como indisponíveis e irrenunciáveis, contudo não trouxe previsão acerca do limite dos referidos acordos.

Importante salientar também que, nada obstante o advento da jurisdição voluntária, o processo do trabalho já consagrava a possibilidade de autocomposição, haja vista a existência da audiência de conciliação nos próprios ritos contenciosos, como instrumento de formalização de acordos e extinção do processo com resolução do mérito, podendo a conciliação no âmbito da Justiça do Trabalho, inclusive, ocorrer a qualquer tempo⁶ (BACELLAR, 2012, p. 97).

Com efeito, essa vertente da doutrina entende pela possibilidade, ainda que limitada da transação. Todavia, conforme já prelecionado anteriormente, há divergências acerca do assunto. Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 119-120), por exemplo, preleciona que a indisponibilidade no processo do trabalho se justifica em razão do vasto rol de normas de ordem pública do direito material do trabalho, o que evidencia claro interesse social que irá transcender à vontade das partes, influenciando, assim, a atividade de prestação jurisdicional. Para o autor, o processo do trabalho tem como função precípua efetivar a realização de direitos sociais indisponíveis dos trabalhadores e, como se não bastasse a indisponibilidade verificada nas próprias normas materiais, no contexto processual esse caráter se torna ainda mais acentuado e importante, posto a hipossuficiência econômica do empregado que, via de regra, é o destinatário de créditos de natureza alimentar.

Jorge Neto e Cavalcante (2008, p. 95-99), citam a existência de quatro correntes que permeiam a transação no direito laboral. A primeira corrente defende a impossibilidade geral de renúncia ou transação, quantos aos direitos previstos em lei, salvo se a própria lei autorizar, sem óbices quanto aqueles direitos de caráter privado. Uma segunda corrente defenderia a impossibilidade tanto de renúncia quanto de transação de direitos legalmente previstos, salvo quando a lei autorizar e, em relação a direitos previstos em norma de ordem privada, poder-se-ia haver alterações desde que não importasse em prejuízos ao empregado, exceto se autorizado por lei. A terceira corrente classifica os direitos trabalhistas entre aqueles de indisponibilidade absoluta e aqueles de indisponibilidade relativa. Por fim, a quarta corrente defende a

⁶ Bacellar discorre que o juiz deve, em todos os momentos, buscar a conciliação das partes, evidenciando-se isso desde a audiência de conciliação prévia até a obrigatória renovação da proposta conciliatória antes do encerramento da instrução processual, sob pena de nulidade. E mesmo após a instrução, podem as partes, com base nas provas que foram produzidas durante aquele momento processual, buscar a celebração de um acordo, desde que seja antes da prolação da sentença.

possibilidade de transação por meio de norma coletiva, visto que a própria Constituição de 1988 autorizou essa flexibilização, argumentando, ainda que se a Carta Magna permitiu a própria redução salarial pela via negocial, o “menos”, via de consequência, também é autorizado.

Desta forma, percebe-se que há divergência doutrinária no que se refere à possibilidade ou não de transação na Justiça do Trabalho, tendo em vista a forma como é visto o caráter indisponível das normas.

4 A IDEIA DO PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO DE MAURÍCIO GODINHO DELGADO

Conforme já demonstrado, o cerne da discussão acerca da transação de direitos trabalhista norteia a indisponibilidade das normas, dado seu caráter de ordem pública, cogente, imperativo.

Nesse diapasão, Maurício Godinho Delgado trouxe a ideia de patamar civilizatório mínimo para distinguir aqueles direitos sociais que são absolutamente indisponíveis, daqueles que admitem alguma forma de transação (DELGADO, 2019).

É necessário entender, preambularmente, qual seria a definição de patamar civilizatório mínimo. Analisando a doutrina de Delgado, extrai-se que, quando se refere a esta ideia, busca-se demonstrar a existência de um conjunto de normas, sejam princípios ou regras, sobretudo formado por direitos sociais fundamentais, que garantem ao empregado um valor social, dignificando o seu trabalho e a sua pessoa, bem como civilizando o capitalismo, de forma que não seja desenfreado e abusivo.

Diante deste cenário, Delgado aduz que parcelas imantadas por uma tutela de interesse público, constituindo o referido patamar civilizatório, não podem ser objeto de transação, nem mesmo por negociação coletiva (DELGADO, 2019, p. 1051). Isso porque não pode haver reduções dessas condições mínimas de valorização do trabalhador, sob risco de violar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima do trabalho (arts. 1º, III e 170, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Preleciona ainda o autor, sobre a normas que compõem o patamar supramencionado, sendo de caráter heterônomo e autônomo:

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado essencialmente, por três grupos de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art.

5º, §2º, CF/88, já expressando uma patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que assegura patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde segurança no trabalho, normas concernentes à base salarial mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc) (DELGADO, 2019, p. 1052).

Portanto, tratando-se da indisponibilidade de direitos trabalhistas e possibilidade de transação, resta claro que as normas de indisponibilidade relativa, não representariam, em regra, padrões de patamar civilizatório mínimo e, portanto, poderia haver negociação em relação às referidas matérias, o que não seria possível com as normas de indisponibilidade absoluta, por representarem exatamente o mínimo irrenunciável, indisponível e não transacionável.

Complementa-se ainda:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do direito individual do trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Também será absoluta a indisponibilidade, sob a ótica do direito individual do trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Esse último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (direito individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do direito coletivo do trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área de indisponibilidade absoluta, no direito individual, é desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao direito coletivo (DELGADO, 2019, p. 253).

Portanto, a transação não poderá ser utilizada como uma forma de retrocesso e de abdicação de direitos fundamentais.

Trazendo-se brevemente essa discussão para o âmbito da negociação coletiva trabalhista, é possível vislumbrar entendimento recente do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização de negócios coletivos como forma de restrição de direitos trabalhistas. O debate tem como centro o Tema 1.046 que foi julgado pelo Supremo em 02 de junho de 2022. Advém do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, no qual discutia-se uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que afastou a aplicação de uma norma coletiva que previa a obrigação de uma empresa fornecer transporte para deslocamento dos seus empregados e a respectiva supressão do pagamento do tempo de percurso. A empresa recorreu da referida decisão, posto que sua localização era de difícil acesso, bem como havia incompatibilidade de transporte público em consonância com a jornada de trabalho dos empregados. Ao fim do julgamento do recurso, prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes pela procedência, sob o argumento de que a jurisprudência do STF reconhece a validade de acordo ou convenção

coletiva de trabalho que disponha sobre a redução de direitos trabalhistas, sendo firmada a tese de que são constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. É pertinente citar o teor de seu voto no primeiro julgamento do recurso ocorrido em 02/05/2019, no qual foi reconhecida a repercussão geral. Ao fim do julgamento do tema no ano corrente, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, sendo:

Nesses termos, verifico que a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de reconhecer a validade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, ainda que disponha sobre a redução de direitos trabalhistas. Entretanto, cumpre destacar que a redução ou limitação dos direitos trabalhistas pelos acordos coletivos deve, em qualquer caso, respeito aos direitos absolutamente indisponíveis, constitucionalmente assegurados. Tal ressalva também foi assentada pelo Pleno no julgamento do tema 152 da repercussão geral. A esse propósito, cito trecho do voto proferido pelo relator Min. Roberto Barroso: “as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um patamar civilizatório mínimo, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas.” (STF - ARE 1121633 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2019, Processo Eletrônico, Publicado no DJe em 23-05-2019).

Ocorre que, na prática, em dissídios individuais judicializados nas Varas do Trabalho, nem sempre é fácil visualizar cada um dos aspectos aqui suscitados. Sabe-se que no processo, a maior dificuldade e o mais importante é fazer prova ou contraprova dos fatos articulados. A exemplo de verbas trabalhistas, nada obstante verificamos na doutrina de Maurício Godinho Delgado que se tratariam de direitos de indisponibilidade absoluta, visto o caráter do padrão do patamar civilizatório mínimo, bem como na doutrina de Sérgio Martins Pinto, posto a falta de dúvida acerca da obrigatoriedade do seu pagamento, dentro do processo o que acontece é a dificuldade de se provar a existência do direito daquelas parcelas no caso em tela, a depender da complexidade fática envolvida nos autos. Neste cenário, o que acontece na prática do dia a dia é a ocorrência de transação, inclusive quanto ao pagamento de determinadas parcelas trabalhistas, posto que as partes tendem a fazer um acordo quando há o risco pela improcedência

ou procedência parcial que está além ou aquém daquilo que é esperado, em razão da insuficiência de provas colhidas durante a instrução processual ou frente à robustez das provas apresentadas pela parte contrária.

Diante disso, fica evidenciado que tal transação se mostra razoável, pois busca proteger o empregado, efetivando que de fato o direito lhe alcança de determinada forma, diante do risco do processo. Não se trata de nenhuma manobra jurídica, mas tão somente a forma como o sistema processual brasileiro funciona, de acordo com o ônus probatório, bem como tendo em vista a dificuldade técnica do empregado de produzir provas. Caberia ao magistrado, neste caso, atentar-se aos termos do acordo formalizado, posto que, conforme já prelecionado, tratando-se de transação, há um sacrifício recíproco das partes, não podendo este ser feito somente pelo empregado, sob pena de violação de todos os preceitos aqui apresentados.

Mostra-se, portanto, plausível, a aplicação da ideia do patamar civilizatório mínimo de Maurício Godinho Delgado, associado a uma interpretação sistemática da doutrina de Sérgio Martins Pinto, quando preleciona pela possibilidade de transação quando há dúvida acerca do direito discutido, ou seja, aquilo que não está clarividente e provado nos autos. Isso porque pode ser aplicada a fim de garantir ao empregado o reconhecimento, ainda que parcial do direito perseguido, mostrando-se benéfica a transação e garantindo os seus direitos mínimos, diante de um cenário processual que pode ser, até certo ponto, desfavorável. É o que se vê na realidade, quando magistrados buscam a formulação de acordos, já apontando as deficiências probatórias evidenciadas no decorrer da instrução, o que muito se verifica nas audiências da Justiça do Trabalho. Neste contexto, resta clara a importância do patamar civilizatório mínimo, posto que, com base no que consta do processo, bem como o mínimo civilizatório que é garantia do empregado, o magistrado não deverá permitir que ocorram transações que violem tais preceitos, devendo se recusar a homologar os acordos que assim sejam apresentados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, portanto, que há diversas correntes que discutem a questão da disponibilidade de direitos trabalhistas. Enquanto direitos sociais, é razoável entender pela impossibilidade de renúncia, tratando-se do ato de simplesmente abrir mão de direitos a troco de nada. Contudo, o mesmo não ocorre com a transação, posto que se trata de cessões recíprocas.

Nesse sentido, a ideia trazida por Sérgio Martins Pinto acerca da possibilidade de transação somente quando há dúvida do direito discutido, mostra-se como uma resposta

admissível se analisada de forma sistemática, observando a própria característica do sistema processual, onde o que rege o teor das decisões não é somente a importância do direito discutido, mas sobretudo o que foi trazido aos autos em termos de ônus probatórios, posto que em um contexto processual, onde se tem certeza do direito do empregado, não há porque transacionar de modo a fazê-lo abrir mão daquilo que lhe é devido a integralidade e que foi possível ser provado robustamente no processo. Entretanto, dada a hipossuficiência econômica e jurídica do reclamante, verificada na própria natureza da relação de trabalho, o que ocorre na prática é a dificuldade de o empregado produzir suas provas.

A forma como o processo é movido atentando-se aos ônus probatórios, deixa evidente o risco na perseguição do próprio reconhecimento do direito. Assim, partindo-se da ideia de Maurício Godinho Delgado, acerca da existência de direitos de indisponibilidade absoluta e relativa, também é admissível pensar na possibilidade de transação desses direitos de indisponibilidade relativa, analisando-se o contexto em que estão inseridos, bem como utilizando-se como parâmetro e limite das transações, a ideia do patamar civilizatório mínimo, qual seja um rol de direitos, garantias e princípios que formam o mínimo, a base para ser garantida a dignidade do empregado, a dignidade do trabalho e o valor social ali existente.

Diferente do Direito Processual Civil, o qual caminhou cada vez mais para adequação da realidade vivida no país, consagrando a existência da margem de autonomia privada e atualizando suas normas para garantir maior autonomia das partes no processo, o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho não caminharam com tal veemência para isso. Por um lado, compreende-se este fato, dada a especificidade da tutela oferecida ao ramo laboral, tendo em vista as peculiaridades que lhe são inerentes, sobretudo a clara hipossuficiência do empregado. Ademais, o trabalho expõe de forma clara a importância e necessidade dos princípios da irrenunciabilidade e da proteção ao empregado, posto que estão intrinsecamente ligados à manutenção, proteção e garantia de direitos sociais fundamentais. Contudo, em alguns aspectos é possível e necessário que o direito do trabalho se atualize e não fique à mercê de interpretações feitas à luz do processo comum, por omissão de norma específica. Conforme demonstrado, muitas vezes a transação não funcionará como limitadora de direitos ou ato que permitirá a livre disponibilidade de garantias fundamentais, mas pelo contrário. Poderá ser utilizada para efetivar o reconhecimento do mínimo que deve ser oferecido ao empregado, frente à realidade técnica do processo.

O assunto merece cautela, posto que de forma alguma a flexibilização poderá ser utilizada como fundamento ou mera desculpa para, na prática, ocorrer simples disposição de direitos fundamentais.

É complexo e penoso enxergar essa realidade dentro do processo, onde, de um lado, tem-se a figura de um juiz imparcial, porém este mesmo juiz deve atuar de modo a equilibrar a relação, a fim de que haja paridade entre as partes, não podendo se confundir isso com uma espécie de pré-julgamento do mérito do processo. Entretanto, mostra-se possível a transação, dentro dos parâmetros anteriormente expostos, respeitando-se a ideia do patamar civilizatório mínimo, como garantia dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1943.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 1121633 RG / GO 0000967-13.2014.5.18.0201. Plenário. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 02/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%201121633%22&base=acord aos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: LTr, 2019.

GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Luciana Salgado de. **O princípio da proteção ao trabalhador no processo do trabalho e sua aplicação na jurisprudência atual**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37274/o-principio-da-protecao-ao-trabalhador-no-processo-do-trabalho-e-sua-aplicacao-na-jurisprudencia-atual>>. Acesso em: 28 de agosto de 2022.

A INCIDÊNCIA DO DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: uma breve análise sobre sua (ir)retroatividade

Cid Capobiango Soares de Moura¹
Daiane Laurita Lima Mendes²

RESUMO

O presente projeto científico tem como objeto de estudo a alteração da Lei 8.429/92, que versa sobre a Improbidade Administrativa e que inaugura, desde 26 de outubro de 2021, a incidência do dolo para que seja configurado o dano à Administração Pública e seja o agente condenado ou não por sua ação ou omissão. Pois bem, com a incidência do elemento subjetivo “dolo” a partir da promulgação da Lei 14.230/21, que alterou a Lei 8.429/92, diversos foram os questionamentos dos operadores do Direito, entre eles, os efeitos do dolo retroagiriam no tempo para que fossem beneficiados aqueles cuja sentença condenatória transitou em julgado, mas ainda estão cumprindo a condenação determinada? Diante desse questionamento e através de análise documental, uma pesquisa foi viabilizada para que pudessem ser apontados quais os efeitos, positivos ou negativos, da possível retroatividade do dolo, bem como indicar os entendimentos jurisprudenciais acerca da questão.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa, incidência, dolo, retroatividade.

1 INTRODUÇÃO

Na data do dia 26 de outubro de 2021, foi promulgada a Lei 14.230/21 que altera a Lei 8.429/92 acrescentando a conduta dolosa aos requisitos para configuração da Improbidade Administrativa. É fato que a ausência do elemento subjetivo “dolo” na Lei 8.429/92 sempre foi alvo de discussões, contudo, a partir do momento em que essa ausência foi suprida, quais seriam seus efeitos? É possível interpretar a alteração da Lei de forma a retroagir e beneficiar aqueles cujas sentenças condenatórias já transitaram em julgado? Através de pesquisas doutrinária e

¹Master em Gestão e Auditoria Ambiental, especialista em Direito Administrativo e professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

²Graduanda no curso de Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

jurisprudencial, o presente trabalho tem o objetivo de sanar os questionamentos realizados, analisando os aspectos positivos e/ou negativos a (ir)retroatividade dos efeitos do dolo.

2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para o devido desenvolvimento do presente projeto, é preciso caracterizar o que é “Improbidade Administrativa”. O doutrinador Álvaro Lazzarini discorre acerca da origem do termo, como segue:

“Desde a sua origem latina, como se verificou, o vocábulo probidade se relaciona com o vocábulo moralidade”, sendo referência doutrinária à “probidade como um princípio da Administração, mas como um dever inerente necessário à legitimidade de seus atos’.” (out/1997, p. 664). Em consonância com o citado, entende-se que o agente público tem obrigação de honestidade junto à Administração Pública e ferir esse dever de honestidade caracteriza a Improbidade Administrativa.

Quanto ao elemento honestidade, aduz Fábio Medina Osório: “a improbidade decorre da quebra do dever de probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima.” (2015, p. 62-63).

Diversos doutrinadores tratam em suas obras que o simples fato de o agente ser incompetente e “por culpa” geraria inobservância dos princípios reguladores da Administração Pública, logo, causando dano ao erário, contudo, conforme o desenvolvimento do presente projeto, verificar-se-á que esse elemento subjetivo “culpa” ou mera inobservância dos princípios reguladores sem a intenção de causar danos ao erário causou discussão e foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, em se tratando de Improbidade Administrativa, pode-se definir como toda aquela ação ou omissão, praticada por agente público ou terceiro, que causa danos à Administração Pública.

2.2. Ação de improbidade administrativa

Acerca da judicialização do ato de Improbidade Administrativa, regula a Lei 8.429/92, dispondo que a ação judicial seguirá o rito comum do procedimento civil. Essa caracterização por vezes confunde os operadores do direito que podem entender que a natureza da ação de Improbidade Administrativa é civil, contudo, conforme a Lei supracitada, em art. 1º, §4º, trata-

se de vertente sancionadora do Direito Administrativo, não podendo ser confundida com ação penal ou civil.

É preciso entender que o Direito Administrativo se utiliza das vias do processo civil para que possa apurar e, caso necessário, condenar quando for comprovada a ação ou omissão que gerou dano à Administração Pública.

Dispõe o art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988, contudo: "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Assim, conclui-se que, além de utilizar-se das vias do processo civil, na Improbidade Administrativa cabe a ação penal quando configurados crimes contra a Administração Pública.

Portanto, embora seja um apontamento que causa questionamento nos operadores do direito, a Ação de Improbidade Administrativa tem caráter sancionador do Direito Administrativo, contudo, como não existe ainda uma via própria, utiliza-se do processo civil e processo penal para que possa apurar e punir aqueles que praticam atos de Improbidade.

3 LEI 8.429/92

A Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, dispõe acerca de quais são os atos que a caracterizam, bem como das penas que serão aplicadas ao final do processo de Improbidade Administrativa ao agente público que a praticar.

Em se tratando do processo de Improbidade Administrativa, a Lei supracitada, em sua redação original, dispôs de forma a não considerar o dolo, que seja a vontade livre e consciente de praticar a conduta criminosa, durante a fase instrutória e decisória do processo. Ou seja, uma vez que o agente tenha praticado alguns dos atos tipificados nos arts. 9º, 10º e 11 da LIA, não seria considerada sua vontade, sua intenção de praticar, mas tão somente a ação ou omissão, atrelados ao prejuízo causado à Administração Pública.

Dessa forma, em análise ao texto da lei, se conclui que nem todos os casos de Improbidade Administrativa seriam julgados de forma a analisar as circunstâncias dos atos, mas tão somente seus resultados, causando, eventualmente, uma condenação inadequada para os envolvidos.

Diante da disposição legislativa, os Tribunais Brasileiros e os operadores do Direito se incomodaram com a situação. Seria o dano à Administração Pública tão impactante a ponto de

condenar alguém a indisponibilidade de seus bens e suspender seus direitos políticos sem analisar a intenção do agente?

4 A ALTERAÇÃO LEGAL

A Lei 14.230/21 propôs modificações na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei 8.429/92, em relação a diversos pontos, um deles, foi a obrigatoriedade da incidência do dolo ao praticar um ato de Improbidade Administrativa.

É de ordinário saber que quando um agente público pratica quaisquer dos atos administrativos que são citados no arts. 9º, 10º e 11 da LIA, deverá ser aberto um processo, cuja legitimidade ativa até o presente momento pertence ao Ministério Público e ao representante do órgão público prejudicado.

Contudo, conforme dito em tópicos anteriores, até a promulgação da lei 14.230/21, deveria ser considerado único e exclusivamente o prejuízo causado pelo agente à Administração Pública, de forma culposa, não se preocupando o processo de Improbidade Administrativa a investigar a existência ou não do dolo na ação ou omissão do agente.

É importante frisar que mesmo que a LIA de 1992 não redigisse acerca da incidência do dolo na prática da Improbidade Administrativa, os Tribunais Brasileiros durante a tramitação dos inúmeros processos de Improbidade Administrativa optaram por julgar os casos e condenar os réus com base, também, no dolo e não somente analisando somente os prejuízos causados à Administração Pública.

Observe-se, por exemplo, alguns julgados dos Tribunais Brasileiros em processos de Improbidade Administrativa antes da promulgação da alteração da Lei de Improbidade Administrativa:

TJMG

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOAÇÃO ILEGAL DE COMBUSTÍVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. LESÃO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não restando comprovado o dolo - ainda que genérico -, não há que se falar em condenação de ressarcimento ao erário e às demais penas do artigo 12 da Lei n.º 8.429/92, quando sequer caracterizado o ato de improbidade. Recurso conhecido, mas não provido. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0685.13.001634-6/002, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/10/2021, publicação da súmula em 15/10/2021)

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBJETO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS - SENTENÇA CONFIRMADA.

- Os agentes públicos são obrigados a velar pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

- Para a constatação de atos de improbidade administrativa, é necessário demonstrar a existência de dolo ou má-fé e de efetivo prejuízo aos cofres públicos. (TJMG - Remessa Necessária-Cv 1.0000.21.143565-6/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/09/2021, publicação da súmula em 27/09/2021)

Destarte, o Poder Legislativo, após anos de discussão entre os operadores de direito e constantes decisões dos Tribunais nesse sentido, decidiu encaminhar a lei 14.230/21, que altera a LIA de 1992 em diversos aspectos, principalmente o objeto de estudo do presente trabalho, o dolo.

O art. 1º e parágrafos 1º, 2º e 3º da lei alterada dispõem:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Observe-se que houve o acréscimo dos parágrafos que inexistiam durante a vigência da lei sem a alteração promulgada e que, explícita e oficialmente debutam o conceito de “condutas dolosas” na Improbidade Administrativa.

A partir do momento em que as alterações passaram a vigorar no ordenamento jurídico, uma vez que a questão do dolo tenha sido pacificada, um novo questionamento surgiu do mundo do Direito: a nova redação da legislação retroagirá ou não?

Em vista desses questionamentos, foi proposto o Recurso Extraordinário nº 843989 junto ao Supremo Tribunal Federal que questionava justamente acerca da (ir)retroatividade alteração da LIA em relação ao dolo.

A importância da discussão estaria na questão de que: caso retroagisse, diversos réus anteriormente condenados por Improbidade Administrativa teriam suas “fichas limpas” perante

a sociedade, o que significaria a disponibilidade dos bens dos condenados, bem como a volta do direito de exercer os direitos políticos para alguns, entre outros.

5 BREVE ANÁLISE CRÍTICA

A possibilidade de retroatividade dos efeitos da Lei 14.230/21 para beneficiar aqueles que já foram condenados e cuja sentença já transitou em julgado teria a principal consequência de ferir a segurança jurídica da condenação. Afinal, como dito anteriormente, vez que o processo de Improbidade Administrativa não tem natureza processual penal, não cabe a retroatividade da Lei mesmo em casos que os condenados fossem beneficiados.

Se houver de fato a retroatividade dos efeitos do dolo inaugurados pela nova Lei, os que já foram condenados exclusivamente por culpa teriam suas penas revogadas, a indisponibilidade de bens não mais ocorreria, além de terem a suspensão dos direitos políticos revogados.

Dessa forma, é preciso analisar criticamente acerca dessa possibilidade, uma vez que a retroatividade dos efeitos do dolo causaria fragilidade à segurança jurídica, desobedeceria a natureza da Ação de Improbidade Administrativa conferida pela Lei 8.429/92, além de inaugurar precedente negativo no ordenamento jurídico uma vez que, se a Lei retroage em processos cuja natureza não é penal para poder beneficiar os condenados, até que ponto isso poderia ocorrer em processos de natureza civil?

6 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Recurso Extraordinário supra citado foi a julgamento e na sessão do dia 18 de agosto de 2022 prevaleceu o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes que determinou que a lei não retroagirá, e seus efeitos serão válidos somente a partir da data da promulgação e vigência da Lei 14.230/21, qual seja 26 de outubro de 2021.

Em fundamentação, verifica-se que o ministro entende que a Improbidade Administrativa pertence ao Direito Administrativo sancionador e não ao Direito Penal, ou seja, não caberia o Princípio da Irretroatividade da Lei, o que significa que, independentemente dos benefícios que a retroatividade causaria a várias pessoas, não há de se beneficiar aqueles que já foram julgados e cujo processo transitou em julgado, ou seja, não há espaço para proposição de recursos.

Ademais, entendeu o relator do RE que os processos que estão em andamento atualmente devem prosseguir de acordo com a nova alteração da LIA, em suas palavras “revogada a lei, não é possível manter a sua aplicação”.

Em análise ao voto dos demais ministros, verifica-se que existe um forte entendimento e consenso acerca da natureza jurídica da Improbidade Administrativa, tendo-se em vista que não se trata de processo penal, nem de Direito Penal, não há motivo que fundamente a retroatividade da lei para beneficiar os já sentenciados.

Observou-se que os ministros entenderam pela segurança jurídica dos processos já transitados em julgado e permitiram que os processos em tramitação e os novos processos sejam julgados de forma a analisar não somente o prejuízo causado à Administração Pública, mas também acerca da intenção do agente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, podemos concluir que a Lei 14.230/21, trouxe significativas alterações à Lei de Improbidade Administrativa. Especificamente em relação à obrigatoriedade de se investigar a existência ou não do dolo na ação ou omissão do agente. Percebe-se que a intenção do legislador foi a de tornar o ato de improbidade administrativa mais próximo ao ato ilícito penal. Contudo, conforme relatado, o atual entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal é de que a ação judicial de Improbidade Administrativa possui natureza jurídica própria, tendo-se em vista que não se trata de processo penal.

Quanto à retroatividade da Lei de Improbidade somente em hipótese de ato culposos, sem trânsito em julgado, deve ocorrer a retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa. Quanto aos casos dolosos a lei não retroage, todavia os prazos prescricionais da norma possam retroagir para atingir fatos anteriores à legislação, desde não possuam sentença transitada em julgado.

Por fim cumpre dizer que não é exagero afirmar que a nova lei revolucionou a dinâmica de prescrição das ações de improbidade. Esse movimento do legislador está inserido em propósito mais amplo de alterar o eixo deontológico da Lei de Improbidade Administrativa, agora orientado pelo reconhecimento expresso de seu caráter sancionatório, com as consequências que lhe são próprias, sobretudo no que concerne ao plexo de garantias assegurado aos réus.

REFERÊNCIAS

LAZZARINI, Alvaro. **Improbidade Administrativa**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, out/1997, p. 664.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/92**. 2ª ed.. Porto Alegre: Síntese, p. 62-63, 2015.

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

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 16-18.

A LEGITIMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PROCESSO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO

Clenderson Rodrigues da Cruz¹
Steffany Santos Ribeiro²
Thiago César Gandra Chaves³

RESUMO

A atuação do Estado em suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional a partir da evolução da teoria da constituição e da democracia somente se afigurará legítima pela instituição de espaços-tempo processualizados, observados pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, de forma a garantir a adoção do discurso argumentativo, o qual permite a participação dos interessados na formação democrática da decisão (judicial, legislativa e administrativa). Apesar da idéia de processo atrelado diretamente ao âmbito jurisdicional, não se pode negar, por incorrer em inobservância à própria ordem Constitucional pátria, a existência do processo administrativo, o que enseja em revisitação do conceito de processo de forma a permitir a processualidade democrática constitucional ampla (conceito abrangente ao processo administrativo, jurisdicional e legislativo). O presente estudo tem por objeto demonstrar a evolução do conceito de processo, bem como abordar a sua condição de meio essencial para a legitimação do direito e do exercício da atividade estatal. Posteriormente, revelará que o processo administrativo é instituído pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, é constitucionalmente assegurado ao cidadão como meio de participação direta e democrática nas decisões administrativas proferidas pelo Estado no exercício da função administrativa, sendo seu requisito de legitimação.

Palavras-chave: DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO, TEORIA DO PROCESSO, PROCESSO ADMINISTRATIVO, LEGITIMAÇÃO.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito no Brasil ensejou a elevação de direitos e garantias fundamentais de forma a impedir a superposição do Estado no exercício de suas atividades. Outrossim, os seus ditames compreendem a participação direta do cidadão nas decisões proferidas pelo Estado, sendo, imprescindível a formação de procedimentos nos quais são garantidas a discursividade instituída pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, visando

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

não só a participação e fiscalização dos interessados na prática dos atos estatais, mas também como requisitos de sua legitimação.

A elevação do processo ao prisma constitucional, direito-garantia fundamental, em suas modalidades – Legislativo, Judiciário e Administrativo – representa marco teórico para a reestruturação de seu conceito, à medida que não se pode considerá-lo como simples instrumento a serviço do Estado para a tomada e imposição de suas decisões.

A implantação teoria da democracia não merece estudo dissociado do processo, vez que este é espaço-tempo de discurso argumentativo, o que só lhe é permitido a partir da instituição do contraditório, ampla defesa e isonomia, sendo condição essencial para a legitimação do ato decisório praticado pelo Estado.

O presente trabalho tem por objetivo a análise do conceito de processo administrativo e suas dificuldades face a estreita ligação doutrinária ao processo judicial, visando não só admiti-lo, como também demonstrando a necessidade de participação direta do interessado na produção da decisão administrativa concretizada pela edição do ato administrativo. A Administração Pública não está ileso à obrigatoriedade de produção democrática de seus, representando o processo administrativo como fonte (espaço-tempo discursivo processualizado) de sua legitimação.

2. O PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE INFORMADO PELAS TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO, DA DEMOCRACIA E DO DISCURSO.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao romper com o autoritarismo ditatorial do Governo Militar instalado desde 1964, conferiu ao Estado Brasileiro nova roupagem, principalmente no que tange aos contornos, diretrizes e estruturas das suas Instituições Políticas e Jurídicas.

Nesse sentido:

(...) a antiga soberania, entendida como a capacidade do imperador de fazer valer a sua vontade nacional e internacionalmente, começou a dar lugar à percepção da soberania popular, que trouxe a visão de que o destinatário da lei deve ao mesmo tempo participar do seu processo de criação. Em outras palavras, o que diferenciaria uma democracia (soberania do povo) de uma autocracia (soberania do imperador) seria o fato de que no Estado Democrático o povo deveria respeito somente à lei que ele mesmo criou. Há uma transferência do poder do rei para o povo, que passaria então, a dizer quais seriam as regras do jogo democrático. (VILAS BOAS NETO e CARVALHO, p. 195, 2019)

Com efeito, em tendo consignado que o real titular do Poder Estatal é o povo (parágrafo único, do art. 1º, da CR/88) – de vez que a soberania estatal resulta da delegação popular – a Carta Magna Brasileira de 1988 imprimiu novo sentido à ordem político-jurídica do país. Os denominados erroneamente Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, então, passaram a serem tratados como Instituições Político-Jurídicas que exercem as funções judicantes, administrativas e legiferantes, mesmo se diz o provimento final delas emanados, reclamaram novo conceito de legitimidade.

Neste aspecto a legitimidade dos Órgãos Estatais se faz presente, bem como o provimento final emanado para pleno exercício de suas funções institucionais, se revelou como condição *sine qua non* para a legitimidade do próprio Direito a ser operacionalizado. Direito este que na pós-modernidade não nasce ou é captado por mentes brilhantes, divinatórias ou sacerdotais, mas é construído dentro do espaço-tempo do discurso argumentativo processualizado (Leal, 2009, p. 35-39).

Assim, a adoção, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do paradigma do Estado Democrático de Direito (art. 1º) obriga cidadãos e operadores do Direito (Ciência Jurídica) a visitarem, revisitarem e refletirem sobre as Teorias referentes à Democracia e o Processo, no contexto da constitucionalidade procedimentalizada no Estado pós-moderno, enquanto teorias organizativas e legitimantes do Estado de Direito Democrático adotado pelo Brasil.

Face ao novo quadro constitucional, o processo – direito/garantia fundamental constitucional - assume-se como um modelo procedimental de democracia, a partir da aplicação da teoria do discurso instituído e concretizado pelo contraditório, ampla defesa e isonomia. Nesse ponto, imprescindível a compreensão da doutrina habermasiana:

O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o medium do direito, formando um sistema de direitos que coloca autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca (...) sendo que a compreensão discursiva do sistema de direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado a carga a legitimação da normatização jurídica das qualificações do cidadão desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor”. (Habermas, 1997, p. 165 e 168)

A Teoria do Discurso, em Habermas, representa o “... **modelo da ação orientada ao entendimento**” (LEAL: 2002, p. 108). O que a teoria do discurso democrático propõe é apresentar um conceito de procedimento ideal que visa ao

aconselhamento e tomada de decisões, buscando no processo devidamente institucionalizado, como canal constitucional, o equilíbrio entre poder e interesses.

Não obstante a proposta ventilada ao debate na Teoria Discursiva de Habermas tenha aberto o espaço-tempo no qual a legitimidade do Estado de Direito Democrático deva ser alcançada a partir do discurso argumentativo amplo, considerando que as soluções não estão prontas, mas são produzidas por todos os componentes da sociedade, faltou à Teoria Habermasiana a diretriz de que, na pós-modernidade, o discurso argumentativo passa invariavelmente pela procedimentalização. (LEAL, 2002, p. 108)

Com tudo isso, o processo democrático, na visão da teoria do discurso, vai fazer com que o processo seja situado em um nível discursivo, onde lhe garanta a participação com simétrica paridade dos possíveis interessados ao provimento. E mais, que seja conferida aos cidadãos a possibilidade de fiscalização de seus interesses por intermédio do processo institucionalizado constitucionalmente.

Assim, é premissa indispensável ao estudo do processo abordar a sua trilogia estrutural no prisma do Estado Democrático de Direito, com base em todo o estudo teórico sobre democracia e processo no intuito de traçar a sua legitimidade, verificando-se, portanto, a superação do clamado Estado redentor (LEAL, 2002) consolidada por aqueles que ainda asseveram ser o processo como instrumento a serviço do Estado. Sobre esse ponto Écio Oto Ramos Duarte afirma que:

“A relação entre direito e democracia em face das exigências de um devido processo constitucional comprometido pela efetivação dos direitos fundamentais dirige o enfoque metodológico da ciência do direito para o próprio entendimento de direito democrático.” (Duarte, 2004, p. 54)

Nesta nova realidade é de extrema relevância analisar o Processo Constitucional como espaço tempo procedimental no qual se observa o método discursivo-democrático imprescindível para a legitimação do direito, efetivado na decisão jurídica (judicial, administrativa ou legislativa). Ainda, o estudo da teoria do processo não pode ser realizada em dissonância com a teoria constitucional e a própria idéia de Estado Democrático de Direito que, hodiernamente, regem quase a totalidade das Cartas Constitucionais do Ocidente.

Sendo o Processo Constitucional o mecanismo propiciador da racionalidade do Direito e da Democracia, peça esta fundamental e que garante a fiscalidade do ordenamento jurídico, eis que o Estado de Direito Democrático não admite qualquer forma de dominação,

tanto *Carismática*, quanto *Tradicional*, ou mesmo *Legal* na acepção terminológica Weberiana (WEBER, 1991), o discurso argumentativo só se faz ouvir pela processualidade.

Assim, tem-se que a legitimidade do Estado de Direito Democrático redonda da abertura propiciada pelo Devido Processo Constitucional a todos os cidadãos (toda a população no espaço processual legitimado), bem assim a toda comunidade jurídica, que são livres no espaço discursivo argumentativo procedimental para, a todo o momento, discutir e rediscutir o Direito e a Democracia do Estado pós-moderno. Portanto, a legitimidade do Estado de Direito Democrático deriva, segundo nos ensina o professor LEAL (2002, p. 190) da:

“... teorização do *devido processo* que é o lugar de asseguramento argumentativo pelo *medium* lingüístico-processual do direito, que, ao erradicar a imediatidade do decidir instrumental da racionalidade conforme fins, conduz os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade processualmente institucionalizados”.

No mesmo sentido:

A atual Constituição Republicana, tendo por preceito básico a democracia, trouxe diversas garantias direcionadas à proteção da liberdade e dos direitos fundamentais. A força imperativa da Constituição, em razão da sua natureza, contaminou todo o ordenamento jurídico, dando vitalidade constitucional para todo o conjunto normativo. Esse efeito de irradiação constitucional permitiu a afirmação de que toda a legislação válida e toda a discussão afeta ao direito deveria permear-se pelas premissas constitucionais.

Assim, é preciso dizer que não existe mais um direito puramente processual. Não se pode falar apenas em Direito Processual Civil ou Direito Processual Penal, mas em Processo Civil Constitucional ou Processo Penal Constitucional, etc. Concretamente, o que houve foi uma constitucionalização do ordenamento jurídico. (VILAS BOAS NETO e CARVALHO, p. 195/196, 2019)

Sem a observância e plena obediência à instituição processo como meio para o discurso argumentativo do povo, ilegítimo se torna o Direito e impraticável a Democracia. Desta feita, e partindo da concepção de que todo Estado é de Direito, isso porque “... **todo Estado, seja ele autocrático ou não, poderá ser um Estado de Direito...**” (DEL NEGRI: 2003, p. 23), sendo que a Democracia deve constituir o mérito do Direito “... **pois democrático é o Direito e não o Estado**” (DEL NEGRI: 2003, p. 23), a Teoria Democrática, conjugada ao Estado de Direito, é a única que legitima o Estado pós-moderno do qual o Brasil faz parte, e nem pudera ser de outra forma, considerando que a Teoria Democrática fora o paradigma recepcionado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (art. 1º).

A importância do processo se depreende do próprio texto constitucional, o qual o elevou a direito-garantia fundamental inserida no art. 5º. Retira-se da Carta Magna princípios-

normas processuais que se mostra como ponto de partida do estudo da Teoria do Processo, pois a todos é garantido o devido processo legal (judicial, administrativo e legislativo), sendo-lhes assegurado aos cidadãos a ampla defesa, o contraditório, isonomia, publicidade, motivação, celeridade, com fim de lhes permitir a fiscalidade dos atos emanados pelos órgãos públicos (sentido amplo), bem como a possibilidade de participar ativamente da formação da decisão.

Portanto, sem a pretensão de esgotar o tema, o qual é dotado do mais alto grau de complexidade, o presente estudo, partindo da presente premissa, abordará o processo administrativo, bem como o seu provimento final (ato administrativo) sob as bases e pressupostos aqui analisados.

3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A LEGITIMAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

3. 1. As várias compreensões sobre processo administrativo

Questão que merece cuidado especial versa sobre o conceito do processo administrativo. A resposta a esta questão necessariamente deve partir do conceito de processo exposto pela melhor teoria do processo, levando-se, hodiernamente, os escopos constitucionais e democráticos trazidos ao campo do Direito Processual.

A dificuldade em conceituar o processo administrativo é, salvo melhor juízo, a mesma em conceituar o processo em sua abrangência ampla (legislativo, judiciário e administrativo). Em exame à bibliografia sobre o assunto, presente ao final deste estudo, verifica-se a ausência de contornos característicos entre os conceitos de processo na sua abrangência específica. Na realidade, a idéia a assente na doutrina releva o processo em condição mínima de essência, vez que o subordina como instrumento à serviço do Estado. Esse é o entendimento de Sérgio Ferraz:

“...a Administração se julga senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu iter, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade ou reserva, etc... Daí também algumas patologias que os advogados brasileiros por vezes devem enfrentar, tais como: a) a resistência da Administração em conceder vista de autos de processo administrativo, apesar da existência de expressar determinações legais a respeito; b) a freqüência com que as repartições simplesmente se recusam ao recebimento de petições obrigando o interessado a recurso ao Judiciário, com invocação de garantias constitucionais”. (Ferraz, 1993, p. 85-86)

Não bastasse, Nelson Nery Costa apresenta quatro noções de processo administrativo, a saber:

“Em primeiro lugar, existem os conceitos que se baseiam no seu sentido estrito, caracterizando o processo como série de documentos que formam a peça administrativa. Em segundo, observam-se as análises feitas com um sentido mais amplo, quando se trata da relação entre a Administração e o administrado, o conjunto de atos ordenados para solução de uma controvérsia administrativa. Há, ainda, aqueles que também conceituam como processo administrativo o conjunto de medidas preparatórios para uma decisão final da Administração. Por fim, alguns autores simplesmente utilizam essa expressão como sinônimo de processo disciplinar.”
(Costa, 2007, p. 6-7)

Neste sentido, entendem que o processo compreende, em sentido técnico, os instrumentos formais de que utilizam os Órgãos Estatais no desenvolvimento de suas funções para exercerem suas respectivas competências. Em seu aspecto ainda mais estrito, alguns doutrinadores conceituam o processo como método de trabalho. José Cretella Júnior afirma que *“processo administrativo é o conjunto de operações praticadas pela Administração Pública que prepara a edição do ato administrativo”*. (Cretella Júnior, 1992, p. 369)

Portanto, o conceito de processo administrativo varia:

a) desde uma nova relação jurídica que se define entre os interessados na prática do ato administrativo (decisão proferida no processo administrativo) e o responsável por ele (órgão da administração pública direta ou indireta), visando exatamente assegurar a correção de sua prática e o acerto da decisão de praticá-lo.

b) até a idéia de processo vinculada aos atos preparatórios, instrutórios e decisórios, para que a Administração Pública tenha uma decisão qualquer, ou apenas como modo de tramitação de papéis públicos.

Não obstante as diversas conceituações apresentadas acima é extremamente necessário apresentar conceituação de processo administrativo que se aproxima em aspectos gerais com as suas outras modalidades (judicial e legislativo). Isso, pois, a Constituição de 1988, no inciso LV, art. 5º, eleva o processo administrativo na condição de direito-garantia constitucional instituído, sobretudo, pelo contraditório, pela ampla defesa e pela isonomia.

Outrossim, não se pode aceitar, na pós-modernidade, o processo como simples instrumento a serviço dos Poderes Constituídos, vez que estes não legitimam o processo, mas sim o contrário. O processo é quem legitima o exercício das funções do Estado, desde que, para isso, se estabeleça a partir de procedimentos discursivos-democráticos instituídos pelo contraditório e isonomia. O processo, portanto, garante aos cidadãos a fiscalidade dos atos

praticados pelo Estado. Certamente, o melhor conceito de processo – geral - e processo administrativo se verá a partir dos elementos trazidos pela teoria estruturalista do processo (Fazzalari), constitucionalista (Baracho, Andolina e Fix-Zamúdio) e Neo-institucionalista (Rosemiro Leal), vez que abrange justificção lógica-jurídica na diferenciação entre os conceitos de processo e procedimento, no constitucionalismo e na democracia.

3.2. Processo e Procedimento Administrativo

A distinção entre processo e procedimento é muito importante para o desenvolvimento da teoria do processo, por mais que a sua distinção seja complicada.

Uma das maiores críticas que se faz à teoria do processo como relação jurídica versa sobre a ausência de clareza quanto à distinção acima apontada. A teoria do processo como relação jurídica revela que o processo é um conjunto de atos coordenados visando o provimento final a ser exarado pelo Estado, imprescindível para o exercício de suas funções, sendo o procedimento a manifestação extrínseca do processo.

Somente com Fazzalari e a teoria estruturalista do processo é que se viu a correta distinção entre processo e procedimento, sendo este gênero no qual aquele é espécie. O procedimento é o conjunto de atos coordenados, sendo o processo o conjunto de tais atos estruturados a partir da observância do contraditório. Acresce-se a essa idéia outros dois princípios institutivos do processo, manifestados pela teoria neo-institucionalista do processo, quais seja, a isonomia e a ampla defesa, para ensejar na idéia de que o processo é procedimento realizado a partir da observância do contraditório, oportunidade de manifestação e participação ativa dos interessados, possibilitando a defesa de seus interesses, a ampla defesa considerada como o direito de exceção àquele que resiste à pretensão e a isonomia no sentido de simétrica paridade entre os envolvidos no processo, indispensável para a formação democrática do provimento.

Tratando-se especificamente do processo administrativo, a distinção entre processo e procedimento é necessária, tendo em vista que a prática dos atos administrativos (direito substancial) está sujeita a sua legalidade que se verifica após a instauração de um processo (fiscal, disciplinar, punição, etc.) ou de um procedimento (atos administrativos tais como emissão de certidões, documentos, plantas, etc.)

Ademais, não basta a lei determinar a instauração de um processo administrativo como condição de legalidade do ato administrativo (provimento final do processo

administrativo). Deve prever em suas normas que esse mesmo processo se estruture pelo contraditório, ampla defesa e isonomia.

Inegavelmente, a Constituição da República de 1988 reconheceu a existência do processo nas atividades da Administração Pública. Isso pode ser perfeitamente verificável nos incisos LV⁴, LXXII⁵, LXXVIII⁶, do art. 5º; o inciso XXI⁷, do art. 37; o §1º, II⁸, do art. 41, da Carta Magna. (Medauar, 2008, p. 45)

Na mesma linha, o legislador infraconstitucional reconhece o processo administrativo em diversas normas, tais como nas leis 8.884/94, 8.078/90; 9.605/98 e, finalmente, na lei 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal. Aliás, esta última norma legal, ao dispor sobre o processo administrativo em âmbito geral, conferiu o entendimento acerca do processo como procedimento realizado em contraditório, bem como o estruturou em princípios informativos, conforme visto em seu art. 2º. Não obstante a relevância da lei em questão para elevação e reconhecimento do processo administrativo, este trabalho não terá o condão de analisar as suas disposições.

Partindo-se da certeza de ser o processo administrativo constitucionalmente assegurado ao cidadão, resta saber se o mesmo deverá ser meio imprescindível para a legitimação dos atos administrativos decisórios (provimento final da Administração) praticados pelo Estado. Quanto a essa questão, os autores divergem quanto às espécies de processos administrativos, sendo que o motivo de controvérsia se instaura a partir da própria concepção que cada um tem sobre a conceituação de processo.

Nelson Nery Costa, em sua obra, entende que *“processo administrativo é a forma pela qual a Administração Pública registra seus atos, controla os agentes públicos ou decide as controvérsias com os administrados e os servidores públicos, podendo ser das mais diferentes espécies”*. (Costa, 2007, p. 50) Com este conceito, o referido autor entende que o processo administrativo é imprescindível para a prática de qualquer ato administrativo, ainda

⁴ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵ “Conceder-se-á habeas data: b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

⁶ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁷ “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratos mediante processo de licitação pública...”

⁸ “O servidor público estável só perderá o cargo: (...) II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa”.

que não se revistam de conteúdo motivador decisório, ou seja, sejam apenas típicos procedimentos⁹.

Já Odete Medauar entende que haverá processo administrativo, desde que os atos administrativos envolverem a solução de controvérsias ou que existam acusados, seguindo a idéia de litigiosidade esculpida no art. 5º, LV, da CR/88. (Medauar, 2008, p. 140), entendido ser o processo o procedimento realizado em contraditório¹⁰.

O melhor enfrentamento do assunto é realizado por Fernão Borba Franco ao expor:

“Cumpre examinar, especialmente, o procedimento, o conceito diverso do de processo mas com ele profundamente, até indissolavelmente, ligado, conceitos esses que, em processo administrativo, vêm sofrendo uma indesejável união. A respeito de processo, cumpre estabelecer quais os vínculos – direitos, deveres, ônus, sujeições e faculdades – que unem o Estado e os demais interessados na prática do ato e, sobre o procedimento, deve-se estabelecer quais seriam os atos mínimos a praticar para que as garantias constitucionais do processo possam ser cumpridas”.

(...)

“Como se vê, o exame desses institutos fundamentais do processo, voltados para o processo administrativo, se justifica pelo objetivo de aplicar ao processo administrativo a evolução mostrada pela ciência do processo, em uma imbricação que certamente será útil” (Franco, 2008, p. 7).

Considerando a idéia exposta no presente trabalho onde o processo é instituição constitucionalizada garantida ao cidadão instituído pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, certamente, a sua necessidade estará afeita aos atos administrativos nos quais o seu provimento (ato administrativo) se sujeitará aos ditames do art. 37, da CR/88, principalmente no que tange à motivação a qual será democrática e legítima se contar com a participação direta e efetiva dos interessados na formação de sua decisão.

3.3. O Processo Administrativo Constitucional e a sua conceituação segundo à Teoria da Constituição e da Teoria Democrática.

O processo é instituição (Rosemiro) jurídica constitucionalizada (Baracho), informada pelo contraditório (Fazzalari), sendo espaço procedimentalizado para o

⁹ O referido autor classifica os processos administrativos, quanto aos atos, em: classifica os processo administrativos em: a) Expediente; b) Outorga; c) Restrição Pública à Propriedade Privada; d) Controle; e) Gestão; f) Punição; g) Disciplinar; h) Fiscal. (Costa, 2007, 50)

¹⁰ Segundo a Autora, os processos administrativos podem ser classificados em Processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses (atos de gestão, outorga, controle, revisão) e em Processos Administrativos sancionadores ou punitivos (disciplinar e de punição). (Medauar, 2008, p. 140)

desenvolvimento do discurso, imprescindível para a formação democrática da decisão jurídica, legitimando o povo total da sociedade política seja a causalidade deliberativa ou justificativa das regras de criação, alteração e aplicação do direito, por meio do devido processo.

Obviamente, este modesto estudo não tem a pretensão de esgotar ou apresentar especificamente toda evolução teórica do processo, visando apenas instigar o leitor à revisitação das teorias de processo.

O processo administrativo, judicial e legislativo, apesar de serem informados pelas normas infraconstitucionais e por princípios específicos, podem ser conceituados como procedimentos realizados em contraditório, constitucionalmente assegurados ao cidadão para fiscalidade e participação direta nos atos praticados pelo Estado. Não se quer aqui afastar as contribuições vistas nas demais teorias do processo, mas não se pode admitir o conceito de processo dissociado dos conceitos de democracia e Estado Democrático, bem como não se pode admitir a sua condição de servo do Estado para o exercício de suas funções, eliminando o povo (poder constituinte) de sua amplitude, mesmo porque o processo é elevado como direito-garantia fundamental individual.

Neste sentido, o que diferencia o conceito de processo judicial, legislativo e administrativo é o seu ato final, considerando a criação do ato judicial (sentença terminativa ou definitiva), ato legislativo (criação das leis) e ato administrativo (criação dos atos administrativos nos limites de seu exercício impostos pelo texto Constitucional.

Destarte, o processo administrativo é direito-garantia constitucionalmente assegurado ao cidadão, instituído pelo contraditório, isonomia e ampla defesa, em participar democraticamente e fiscalizar os atos administrativos, sendo estes o provimento final praticado pelo Estado Administração.

3.4. A Legitimidade do ato administrativo e da atuação Estatal pelo princípio do discurso garantido no Devido Processo Constitucional Administrativo.

Não se pode olvidar, após o desenvolvimento da concepção democrática de Habermas que o Estado de Direito Democrático necessita da teoria do discurso como fonte legitimadora do próprio direito e das decisões, sejam elas administrativas, legislativas e judicantes, vez que denotam a participação direta do povo nos atos praticados pelo Estado. Ademais, a teoria do discurso só restará aplicável a partir da criação de espaços-procedimentais em que se garantem os direitos dos cidadãos em debaterem questões essenciais para o desenvolvimento da democracia.

Conforme visto, a partir da consagração do processo nas diversas constituições democráticas, as atuais teorias do processo trouxeram a sua nova e atualíssima definição, em justificativa sem conexões metafísicas ou metajurídicas, de maneira a permitir conceituá-lo como instituição essencial para o exercício da atividade democrática na formação da decisão jurídica, legislativa e administrativa.

Pode-se afirmar que, as teorias que antecederam, sobretudo, a teoria Fazzalariana apresentam-se incompatíveis com a teoria discursiva do direito democrático, porque admitem resquícios republicanos, liberais e voluntaristas para conduzirem a democracia, bem como uma modalidade estratégico-instrumental-metodológica de produção e aplicação do direito, contemplando a tópica e a retórica tornando a decisão compulsória. Segundo magistério de Rosemiro Pereira Leal (2000, p. 29-30):

“... O formalismo jurídico irreducionista, de ontem e de hoje, com suas escolas, no campo do direito processual, como veremos, de Bülow, Chiovenda, Carnelutti e de Calamandrei a Liebman, e sua multidão de seguidores, é ainda uma máscara útil e valiosa ao ocultamento de uma realidade sócio-econômico-jurídica que, ao invés de ser esclarecida pela Ciência Jurídica, é descrita, hermetizada, sacralizada (hipostasiada) por uma lógica sistêmica conservadora dos privilégios jurídicos, historicamente representados pelos grupos dominantes e contidos nas leis, nas sentenças, na jurisprudência e nas suas teorias jurídicas a serviço de interesses nitidamente mercantilistas, corporativistas, egoísticos, pedagógicos, doutrinários e proselitistas, em regime a-histórico e alienante, aceitando a exclusão social de mais de dois terços da população planetária como fato não pretendido pela estrutura ultracapitalista mundial”.

Apesar da constatação feita por Rosemiro Pereira Leal, sem dúvida, fora o professor e eminente processualista italiano Élio Fazzalari quem primeiro lançou as bases do processo perante a constitucionalidade, vindo a construir a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório (entre 1955 e 1978), teoria esta que venceu os obstáculos enfrentados pelas teorias até então reinantes no campo do Direito Processual no Brasil – todas lastreadas na figura do julgador – e que foram construídas pelos doutos professores Oscar Von Bülow (Teoria do Processo como Relação Jurídica – 1868), James Goldschmidt (Teoria do Processo como Situação Jurídica – por volta de 1910 a 1925) e James Guasp (Teoria Institucionalista do Processo – entre 1940 e 1948).

Com a apresentação da Teoria Fazzalariana de Processo como Procedimento em Contraditório, os modernos estudiosos do Direito, e do Direito Processual, por conseguinte, passaram a trabalhar o processo no contexto de sua constitucionalidade dentro da Teoria Democrática adotada pela maioria dos Estados Nacionais pós-modernos, dentre os quais se

encontra o Brasil, e, deste vasto material científico posto à disposição da modernidade por Elio Fazzalari surgiram, por intermédio da pedra fundamental lançada pela Teoria Fazzalariana de Processo como Procedimento em Contraditório, a Teoria Constitucionalista do Processo (entre 1980 e 1990) construída pelos laureados professores Héctor Fix-Zamúdio, Ítalo Andolina, e, no Brasil, por José Alfredo de Oliveira Baracho, bem como a Teoria Neo-Institucionalista do Processo de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal.

A inicial Teoria Constitucionalista do Processo, aprimorada pela Teoria Neo-institucionalista, que se alicerça no Devido Processo Constitucional, instituto definido pela principiologia do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, direitos-garantias que não podem ser suprimidos e/ou reprimidos pela atividade estatal, considerando que o processo em si mesmo é que é jurisdicional, encontra respaldo e sustentação no Devido Processo Legal (conjunto de procedimentos constitucionais que dá roupagem ao Devido Processo Constitucional).

Entende-se, então, que:

*“... nas democracias modernas, quando se fala em **processo jurisdicional**, não se alude a um processo (meio, método, modo) exercido pela jurisdição, mas à **instituição constitucionalizada** que jurisdicionaliza (institui e diz), pelos princípios que lhe são configurativos, o **modelo** devido e garantido à construção legítima dos procedimentos”. (LEAL, 2004).*

O processo compreende o espaço-tempo procedimental, no qual a teoria do discurso é observado e consagrada, vez que seus pressupostos constituem-se dos direitos constitucionalizados do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, sendo, perfeitamente verificado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme art. 5º caput, incisos XXXV, LIV, LV e art. 133, da CR/1988). (LEAL: 2000, p. 95)

Outrossim, a teoria neo-institucional do processo assegura a teoria da democracia desenvolvida por Habermas que, segundo entendimento de Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 178) carecia da compreensão dos princípios jurídico-constitucionais institutivos do processo, porque se imaginar possível a transposição do princípio do discurso ao princípio da democracia pelo estoque de direitos humanos historicamente conquistados continuará canalizando os argumentos produzidos historicamente pela razão estratégica do Estado liberal ou do bem-estar social, abandonando o discurso procedimental auto-includente de sua própria construção jurídica, verificável no processo.

Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 178) ainda nos ensina que o procedimento somente conseguirá equacionar a tensão entre a facticidade e validade, entre autonomia privada

e autonomia pública, se compreendido e estabelecido como conteúdo jurídico-demarcatório (normativos) para a discursividade jurídica, e não como uma estrutura discursiva imediata de liberdade (indemarcada) decisória por direitos humanos já historicamente conquistados, porque nas sociedades pós-metafísicas a liberdade e os direitos humanos são definidos pela discursividade instituinte, ou seja, pelo devido processo constitucional, não emergindo da tradição, nem de um processo histórico que se corrige a si próprio.

Vê-se, pois, que a modernidade (Estado de Direito Democrático) não admite seja construído o provimento final (decisão procedimental terminativa com ou sem julgamento de mérito) pelo livre arbítrio do Estado no exercício de suas atividades, sejam elas, legislativas, administrativas ou judiciárias, mas sim pelo discurso argumentativo processualizado. Conforme Odete Medauar,

“a processualidade está associada ao exercício do poder estatal.”(...) “Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”. (Medauar, 2008, p. 70)

Portanto, a conceituação de processo ofertado pela Teoria Neo-Institucionalista, partindo da premissa anteriormente adota pela Teoria Constitucionalista do Processo (na pós-modernidade) constitui o modelo que permite a legitimação das Funções exercidas pelo Estado e do provimento final (no caso do processo administrativo reveste-se na edição do ato administrativo), e representa o meio apto a prover o pleno exercício democrático dos direitos-garantias estabelecidos na Escritura Constitucional Brasileira de 1988.

Finalmente, a compreensão do processo nos contornos acima trazidos, bem como a legitimidade da decisão, a partir de sua construção pelo crivo do contraditório, ampla defesa e isonomia, se destinará não só ao cidadão, mas também ao próprio agente Estatal, vez que para aquele permitirá o controle efetivo da Administração e conseqüente proteção de sua esfera jurídica e, para esse, servirá de salvaguarda à própria Administração e seu agente responsável pelo ato, vez que, ao contar com a participação ativa do interessado, seu comportamento não poderá ser considerado como ímprobo, desde que importem em atuação em observância concreta à moralidade e ausência de desvio de finalidade do ato (provimento final).

4. CONCLUSÃO

A soberania Estatal, na Democracia pós-moderna, tem sua base legitimadora no povo (conjunto de cidadãos do país, ou seja, toda a população no espaço processual legitimado), eis que é o povo o único titular do poder, sendo, ainda, o responsável direto e exclusivo legitimador do ordenamento jurídico vigente.

Neste diapasão, o povo (conjunto de cidadãos do país, ou seja, toda a população no espaço processual legitimado) representa a única fonte legítima e originária de poder, restando o ordenamento jurídico como fonte secundária, do que o Estado, Instituição que é, apenas e tão somente exerce a soberania por delegação do povo (conjunto de cidadãos do país, ou seja, toda a população no espaço processual legitimado), que pode revê-la a qualquer tempo e hora.

A construção do Direito e da Democracia é concebida por meio do estabelecimento de espaço-tempo de discurso argumentativo dentro da processualidade constitucionalizada pelo Devido Processo Constitucional.

É indubitável que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o processo administrativo constitucional, sendo isso verificável em diversos dispositivos constantes na Carta Constitucional de 1988, bem como na legislação infraconstitucional, mais precisamente na Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal). Ainda, nota-se a adesão do legislador às teorias estruturalistas do processo (FAZZALARI) e constitucional (BARACHO).

Ainda assim, o conceito de processo merece reestruturação, vez que não só deve-se compreendê-lo como este espaço-tempo discursivo argumentativo – permitido pela instituição do contraditório, ampla defesa e isonomia -, mas também considerá-lo como meio de legitimação dos atos decisórios (provimentos) do Estado em suas diversas esferas de atuação (legislativa, jurisdicional, administrativa).

Portanto, o processo administrativo é direito-garantia constitucionalmente assegurado ao cidadão que lhe permite participar diretamente – discurso democrático argumentativo instituído pelo contraditório, ampla defesa e isonomia – dos atos administrativos praticados pela Administração de forma a conferir-lhe fiscalidade, participação em sua produção e legitimação.

5 REFERÊNCIAS

COSTA, Nelson Nery. **Processo Administrativo e Suas Espécies**, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DUARTE, Élcio Oliveira. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo e Constituição de 1988** in *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, 1993.

FRANCO, Fernão Borba. **Processo Administrativo**. *Coleção Atlas de Processo Civil* . São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et. al.* **Teoria Geral do Processo**. 23.ed. São Paulo: RT Editora, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia, entre a facticidade e validade**. *Trad. Flávio Beno Siebeneichler*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT Editora, 2008.

VILAS BOAS NETO, Francisco José; MAIA, Tomiko Yoshimura Carvalho. **A fundamentação das decisões e o exercício efetivo do contraditório**. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados. 2019. Disponível em <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

TEORIA GERAL DO PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

GENERAL THEORY OF THE LEGISLATIVE PROCESS IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais¹

Resumo: O estudo analisa a teoria geral do processo legislativo no ordenamento constitucional brasileiro, objetivando clarificar esse importante mecanismo de participação popular, tendo em vista ser o processo legislativo democrático o adequado ao Estado Democrático de Direito. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, o estudo perpassa todas as espécies legislativas previstas no artigo 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), apresentando a interpretação jurisprudencial em relação à temática, o que denota a relevância da pesquisa. A problemática da pesquisa consiste no enfrentamento da teoria do processo legislativo brasileiro à luz da concepção democrático-pluralista de sociedade, entendendo-se existir, ainda, pontos a serem reavaliados nas discussões teórico-dogmáticas referentes ao tema. Conclui-se que não basta uma legalidade formal, sendo necessário instituir o primado material legislativo no marco da democracia constitucional.

Palavras-chave: Brasil; processo legislativo; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The study analyzes the general theory of the legislative process in the Brazilian constitutional order, aiming to clarify this important mechanism of popular participation, considering that the democratic legislative process is adequate for the Democratic State of Law. Using the hypothetical-deductive method, the study goes through all the legislative species provided for in article 59 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88), presenting the jurisprudential interpretation in relation to the theme, which denotes the relevance of the search. The research problem consists in confronting the theory of the Brazilian legislative process in the light of the democratic-pluralist conception of society, understanding that there are still points to be reassessed in the theoretical-dogmatic discussions regarding the theme. It is concluded that formal legality is not enough, it is necessary to institute legislative material primacy within the framework of constitutional democracy.

Keywords: Brazil; legislative process; rule of law.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Moderno traz em seu bojo a legalidade, não uma legalidade simplesmente formal, como também material, no sentido de possuir conteúdo principiológico democrático, que deve se harmonizar com as importantes conquistas sociais de uma teoria dos direitos fundamentais.

Imbricado à questão está o princípio de separação de poderes, uma das conquistas históricas mais significativas do Direito ocidental. A partir da ideia de que todo o poder não

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor do Curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professor do curso de Direito da Universidade de Itaúna.

poderia ficar concentrado em apenas um centro, o que geraria absolutismo, foram desenvolvidas as Constituições modernas. No caso brasileiro, todas as Constituições o previram em seu texto, basicamente sob a forma tripartida, com Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, com exceção da Constituição Imperial, de 1824, (quadripartida), que previu um quarto poder, denominado Moderador. Em resumo, *legislar, administrar e julgar*: basicamente as funções clássicas do Estado moderno.

O Poder Legislativo foi estruturado com o objetivo de exercer duas funções típicas: *legislar e fiscalizar*. Por intermédio de sua função fiscalizatória, que exerce de diversas formas, seja por intermédio de suas comissões internas próprias, seja por intermédio de órgãos auxiliares (Tribunal de Contas), o Legislativo fiscaliza a si próprio e os outros Poderes.

Em que pese sua função fiscalizatória, a atribuição primordial do Poder Legislativo é a produção de espécies normativas, o que ocorre por intermédio do *processo legislativo*, que é conceituado por Marcelo Novelino como o “conjunto de normas reguladoras da elaboração de atos normativos primários”. (NOVELINO, 2016, p. 613).

Não é objetivo do estudo polemizar o conceito. Porém, a título de curiosidade, é relevante trazer a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012) para quem a terminologia *processo legislativo* não é satisfatória, tendo em vista o fato de que as emendas constitucionais não se referem ao adjetivo *legislativo*, mas sim ao adjetivo *constituente*, pois, são elaboradas não em processo legislativo, mas sim em processo constituinte.

Polêmica à parte, é necessário voltar ao tema. Essas espécies normativas estão previstas no artigo 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compreendendo: I) emendas à Constituição; II) leis complementares; III) leis ordinárias; IV) leis delegadas; V) medidas provisórias; VI) decretos legislativos; e VII) resoluções. (BRASIL, 2022).

Deste modo, o processo legislativo compreende a criação, modificação e revogação de normas jurídicas, sendo um ato complexo, envolvendo a atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo, nesse caso por intermédio da fase de sanção/veto e do Poder Judiciário, que, com o objetivo de se garantir o *devido processo legislativo constitucional*, confere aos parlamentares o direito público subjetivo à sua observância, podendo os mesmos impetrar mandado de segurança quando forem desrespeitadas as normas constitucionais referentes à elaboração das espécies normativas, como também no caso de serem ofendidas as cláusulas pétreas constitucionais.

Em decorrência do *princípio da simetria com o centro*, o Supremo Tribunal Federal (ADI 1353/RN) entende que as regras constitucionais básicas do processo legislativo federal

são normas de observância obrigatória para as constituições estaduais e distrital, como também para as leis orgânicas municipais, guardadas as devidas peculiaridades de cada ente federativo.

Apresentada, de maneira geral, a temática do estudo, sói frisar o objetivo do presente estudo, que é analisar o arcabouço dogmático do processo legislativo brasileiro, por intermédio do estudo de dispositivos constitucionais sobre o tema, enveredando-se, ainda, por fontes bibliográficas e legislativas, sempre que necessário.

Assim, a problemática da pesquisa consiste no enfrentamento da teoria do processo legislativo brasileiro à luz da concepção democrático-pluralista de sociedade, entendendo-se existir, ainda, pontos a serem reavaliados nas discussões teórico-dogmáticas sobre o tema.

O estudo se justifica diante da importância do processo legislativo na estrutura organizacional do Estado, tendo em vista ser ele o lócus de origem das normas jurídicas que estabelecerão direitos e deveres para a sociedade, o que, em decorrência do projeto de Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) deve coadunar com a proteção internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, pelo respeito aos direitos humanos, até mesmo a concepção de poder constituinte originário deve ser relativizada, sendo necessário revisar a afirmação presente na doutrina constitucionalista de que esse poder seria absoluto, o que, caso fosse aceito, ocasionaria um retorno na trajetória de consolidação das garantias e direitos básicos necessários à sobrevivência digna do ser humano.

Estruturalmente, em seção única, intitulada *Análise constitucional e doutrinária do processo legislativo brasileiro*, o estudo analisa o(s) processo(s) legislativo(s) previstos no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando suas normas jurídicas (princípios e regras), além de pontos doutrinários e jurisprudenciais relevantes ao seu entendimento.

A pesquisa vale-se do método hipotético-dedutivo para abordar o tema. O Direito Constitucional evolui ao democratizar o seu processo legislativo, criando uma expectativa de legitimidade popular na elaboração das normas estatais, principalmente após a superação de um período ditatorial (1964-1985), como o foi o da promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Aqui é necessário frisar: nenhuma Constituição institui um modelo de Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma proposta que deve ser abraçada por todos os indivíduos em sociedade, o que, só assim, potencialmente estabelecerá o primado do projeto constitucional democrático.

2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL E DOUTRINÁRIA DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

O processo legislativo, no texto constitucional brasileiro, engloba os artigos 59 a 69. No artigo 59 o constituinte originário previu as espécies normativas, sendo elas: *emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções*. (BRASIL, 2022).

Fato é que a Constituição de 1988 não subdivide o processo legislativo em espécies, o que é feito pela doutrina constitucionalista. Assim, o processo legislativo pode ser classificado didaticamente em relação à sua organização política e em relação às suas fases e ritos procedimentais.

Quanto à organização política, o processo legislativo pode ser classificado em: *i) autocrático*: quando as normas são elaboradas sem a participação popular; *ii) direto*: quando o processo legislativo é conduzido diretamente pelo povo; *iii) indireto*: quando o processo legislativo é realizado por representantes escolhidos pelo povo, como no caso brasileiro; e *iv) semidireto*: quando a elaboração é feita pelos representantes eleitos pelo povo, porém para a entrada em vigor da norma elaborada é necessário que haja aprovação popular, por intermédio de referendo.

Em relação às suas fases e ritos procedimentais, o processo legislativo se subdivide nas seguintes espécies: *i) ordinário* (comum), que compreende a elaboração de leis ordinárias; *ii) sumário*, dedicado à elaboração de leis ordinárias em regime de urgência (diante da existência de prazo para apreciação, no caso cem dias, compreendendo todas as fases do processo legislativo ordinário), e *iii) especial* (demais espécies normativas). O processo legislativo especial se distingue do processo de leis ordinárias por “dispensar alguma etapa ou formalidade nele prevista ou por contemplar procedimentos ou requisitos diferentes, que podem ser mais ou menos rigorosos”. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, P. 443-444). Deste modo, tem-se como espécies normativas elaboradas por intermédio de processo legislativo especial, a emenda constitucional, a lei complementar, a lei delegada, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções e leis financeiras.

Em relação ao processo de elaboração das leis complementares, em que pese se diferenciar do processo de elaboração da lei ordinária, somente em relação ao quórum de

aprovação, que é neste caso por maioria absoluta, a doutrina², via de regra, o considera um processo legislativo especial.

2.1 O processo legislativo ordinário: o processo legislativo das leis ordinárias

Em que pese o artigo 59 do texto constitucional ter uma sequência de espécies normativas, iniciando-se pela emenda constitucional, o presente estudo analisará, em primeiro lugar, a lei ordinária, tendo em vista ser o seu processo legislativo denominado *processo legislativo ordinário*.

Ademais, sem sombra de dúvidas, a espécie normativa quantitativamente dominante no ordenamento jurídico brasileiro é a lei ordinária.

Assim, como ressaltado, destinado à elaboração de *leis ordinárias*, o processo legislativo ordinário compreende três partes: *introdutória*, *constitutiva* e *complementar*. De acordo com Nathalia Masson:

Trata-se de do procedimento mais básico e completo; caracteriza-se pela ausência de prazos para a realização dos atos de deliberação e votação. Apesar de mais demorado, este procedimento comporta uma maior oportunidade para o exame, o estudo e a discussão do projeto. (MASSON, 2018, p. 885).

A parte introdutória compreende a iniciativa, que não pode ser compreendida tecnicamente como *fase*, mas sim como um ato que desencadeia o processo legislativo. De acordo com Rodrigo Padilha, “por iniciativa entende-se a legitimidade para apresentação de proposições legislativas. Trata-se de examinar quem pode propor projeto de lei e deflagrar o processo legislativo”. (PADILHA, 2014, p. 424).

Os legitimados à iniciativa de projeto de lei estão elencados no artigo 61 do Texto Constitucional, compreendendo: qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos. Esses legitimados possuem a denominada *iniciativa concorrente*, também denominada *comum*, *plúrima* ou *geral*. Neste caso, eles podem exercê-la em conjunto ou isoladamente, essa é a regra geral da iniciativa (que seja concorrente).

Há previsões estabelecidas na Constituição nas quais há a obrigatoriedade de o legitimado deflagrar o processo legislativo. Trata-se da *iniciativa vinculada*. São situações

² É o caso de Nathalia Masson (2018).

excepcionais, tendo-se como exemplos a iniciativa para apresentação de leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei do Orçamento Anual), que devem ser apresentados pelo chefe do Poder Executivo, nos prazos estabelecidos pela Constituição.

Além da iniciativa concorrente e vinculada, a Constituição de 1988 elenca hipóteses de iniciativa *privativa*, *reservada* ou *exclusiva*³, ou seja, iniciativa atribuída a uma só pessoa ou órgão. No caso de usurpação da iniciativa ocorre a denominada *inconstitucionalidade formal subjetiva*. Neste sentido, é fundamental recordar o enunciado da Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal, atualmente superado, definindo que a sanção do Presidente da República supre o vício de iniciativa.⁴

Importante apresentar duas observações em relação à iniciativa privativa:

i) A Constituição, em muitos momentos, utiliza o termo “privativa” para qualificar a iniciativa, o que não nos permite concluir que a atribuição de apresentar o projeto de lei é delegável. A delegabilidade, para se efetivar, exige autorização expressa do texto constitucional (que não ocorre nas hipóteses de iniciativa privativa no processo legislativo); *ii)* a outorga constitucional de iniciativa privativa traz, implicitamente, o poder de decisão sobre o momento oportuno para exercer a prerrogativa, dando início ao respectivo processo legislativo. Sendo assim, não pode o Poder Legislativo fixar prazo para que o detentor da iniciativa reservada apresente projeto de lei sobre a respectiva matéria, tampouco permite-se ao Poder Judiciário atuar para compelir outro Poder ao exercício da iniciativa reservada. (MASSON, 2018, p. 887).

Por serem normas de observância obrigatória, as matérias cuja iniciativa a Constituição Federal reservou ao Chefe do Executivo federal, no âmbito estadual, devem ser atribuídas pelas respectivas constituições ao Governador e ao Prefeito nos municípios.⁵

Aqui é importante ressaltar a existência de entendimento jurisprudencial no sentido de não ser admitida nem mesmo emenda constitucional de origem parlamentar tratando de assuntos de iniciativa reservada,⁶ como também entendimento em sentido contrário, ou seja,

³ Importante a observação de Rodrigo Padilha (2014) no sentido de não se justificar, neste momento, a distinção entre competência *privativa* e *exclusiva*, estabelecida por alguns autores ao tratar do tema “organização dos Estados”, devendo as expressões ser interpretadas como sinônimos no caso da iniciativa.

⁴ Em nível jurisprudencial: “a sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula n.º 5, STF”. (ADI 2.867-ES, STF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 332, STF).

⁵ Cite-se como exemplo a iniciativa de projeto de lei que cria cargos, funções ou empregos públicos na administração federal direta ou autárquica ou promove o aumento de sua remuneração, conforme artigo 61, parágrafo segundo, inciso II, alínea *a* da Constituição. Trata-se de iniciativa a ser reservada, obrigatoriamente, ao Chefe do Poder Executivo, em âmbitos estadual e municipal.

⁶ STF – ADI 2.966/RO, Rel. Min. Joaquim Barbosa (06.04.2005): “Se a iniciativa de certas leis é restrita ao Executivo, o Poder Legislativo não pode, nem mesmo aprovando emendas constitucionais, violá-la. Caso contrário, a disposição da Constituição Federal poderia tornar-se inócua. Uma assembleia legislativa opositora ao governo federal poderia, por exemplo, conseguir o *quórum* necessário para a aprovação de emendas e assim

autorizando o tratamento legislativo de tais temas por intermédio de emenda constitucional de origem parlamentar.⁷

O parágrafo único do artigo 61 da CRFB/88 condiciona à iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I) fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II) disponham sobre: *a*) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; *b*) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios⁸; *c*) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; *d*) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; *e*) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; *f*) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Em relação às citadas hipóteses de iniciativa reservada ao Presidente da República, importante frisar que “por força do princípio da simetria, as hipóteses que acabamos de elencar devem ser observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, atribuindo as matérias dispostas aos seus Governadores e Prefeitos”. (PADILHA, 2014, p. 426).

Além de tais matérias, condicionam-se também à iniciativa privativa do Presidente da República, as leis referentes ao orçamento anual, diretrizes orçamentárias e plano plurianual de investimentos, como pronunciado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.759-1/SC.⁹

Em relação à iniciativa judiciária, as alíneas *a* e *b* do inciso II do artigo 96 preceituam competir privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça, propor ao respectivo Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos, a remuneração dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, além da fixação do subsídio de seus próprios membros e dos magistrados a eles subordinados, inclusive dos tribunais inferiores.

legislarem virtualmente todas as matérias de iniciativa do Executivo, esvaziando as funções deste e gerando um grave desequilíbrio entre os poderes.”

⁷ Neste sentido, ADI 5296-DF (MC), Rel. Min. Rosa Weber.

⁸ Vale destacar a observação de que a expressão “matéria tributária” se refere tão somente aos tributos dos territórios federais, tendo em vista o fato de ser concorrente a competência para iniciativa em matéria tributária dos entes federados.

⁹ “Configurando norma geral de processo legislativo, a cláusula de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo em matéria orçamentária e nos casos listados no § 1º do art. 61 da CF/88 deve ser obrigatoriamente reproduzida nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, com as adaptações pertinentes a cada esfera de governo. A tal conclusão nos impele o princípio constitucional da simetria.” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 447).

Ademais, por força do artigo 93 do Texto Constitucional, é de iniciativa reservada do Supremo Tribunal Federal a criação, alteração ou modificação do Estatuto da Magistratura Nacional (LC 35/79), lei complementar que define o “regime jurídico dos juízes brasileiros, com previsão das formas de ingresso e ascensão funcional na carreira, prerrogativas, vedações, licenças, impedimentos e uma série de outros deveres, direitos e atribuições”. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 448).

Os casos de iniciativa privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal estão previstos respectivamente nos artigos 51 e 52 da CRFB/88. Porém, tais matérias são elaboradas por intermédio de resolução, com procedimento especial para aprovação, havendo exceção nos artigos 51, inciso IV e 52, inciso XIII, que concedem à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, respectivamente competência para deflagrar, privativamente, o processo legislativo sobre suas remunerações.

Em relação à iniciativa ministerial, importante frisar a independência funcional do Ministério Público, reforçada com a outorga de iniciativa legislativa ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça, em cada Estado-membro, para a apresentação de projetos de leis complementares, estaduais ou federais, tendentes à definição de atribuições, garantias, prerrogativas, vedações, criação e extinção de cargos e serviços auxiliares, dentre outros assuntos institucionais (CRFB/88, artigos 127, § 2º e artigo 128, § 5º). (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 448-449).

Deste modo, urge comparar o citado artigo 128, § 5º com o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea *d*, da CRFB/88:

Embora o art. 61, § 1º, II, *d*, da CF/88 fixe a iniciativa presidencial reservada em projeto de lei federal acerca da organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios, o próprio constituinte originário ressalvou no art. 128, § 5º, da CF/88 a iniciativa concorrente do Procurador-Geral da República em relação à mesma matéria. Tal dicotomia, responsável por infundáveis polêmicas, impulsionou o STF a ratificar a iniciativa concorrente do Presidente e do Procurador-Geral da República, afastando a aparente antinomia, enfatizando-se, contudo, noutra ponta, que, especificamente no que atina somente à criação de cargos, a competência “do Ministério Público é predicado explícito da sua autonomia (CF, art. 127, § 2º) e, por isso, iniludivelmente privativa dos seus próprios órgãos diretivos, em particular, do seu chefe. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 449).

Superada a fase introdutória, passa-se à segunda fase, denominada fase constitutiva, que compreende *discussão*, *votação*, *aprovação* e *sanção/veto*. Após apresentado o projeto, esse seguirá para as comissões permanentes, instituídas pelo artigo 58 da Constituição Federal, que deverão examinar e emitir parecer prévio a respeito das proposições que serão discutidas e

votadas em Plenário. Uma questão muito importante neste momento é a análise da constitucionalidade do projeto de lei, que ficará a cargo da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que realizará o controle preventivo de constitucionalidade do projeto de lei.

Em relação à atuação da CCJ, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior escrevem:

A Comissão de Constituição e Justiça, entre outras finalidades, deve verificar a adequação do projeto de lei ou de emenda constitucional à Constituição Federal, quer no que se refere aos aspectos formais do processo legislativo, quer no diz respeito ao conteúdo desses projetos e sua harmonia com o Texto Maior. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 60).

Conforme determina o inciso I do artigo 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação daquela casa possui efeito terminativo quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria. Porém, a alínea *b* do inciso II do artigo 137, como também o parágrafo segundo do artigo 132, também do Regimento Interno, preveem a possibilidade de recurso para o plenário dessa deliberação.

Rodrigo Padilha destaca a existência de outras comissões, denominadas temáticas, “que atuam em campos ou temas específicos e previamente delimitados no Regimento das Casas”.¹⁰ Dentre as comissões, merece atenção especial a citada denominada CCJ, sendo sua atribuição:

[...] exercer o controle político de constitucionalidade do projeto de lei ou de outra espécie legislativa. Essa Comissão possui parecer vinculativo, ao contrário da grande maioria das Comissões, que possuem parecer opinativo. Dessa forma, entendendo ser um projeto inconstitucional, a CCJ pode oferecer emenda para sanar a inconstitucionalidade ou determinar seu arquivamento. (PADILHA, 2014, p. 430).

Como destacado, essa atribuição conferida à CCJ constitui modalidade de controle preventivo de constitucionalidade, evitando que normas jurídicas inconstitucionais sejam inseridas legislativamente no ordenamento jurídico brasileiro.

O projeto de lei pode ser emendado durante a fase de discussão, havendo os seguintes tipos de emendas parlamentares: *emenda substitutiva*: modificam formal ou substancialmente a proposição original, sendo apresentadas em substituto ao projeto original: “o artigo 10 do Projeto de Lei n.º 234 de 2014, passa a ter a seguinte redação”: *emenda aglutinativa* – “juntem-se os artigos 43 e 43 do Projeto de Lei n.º 234 de 2014”; *emenda supressiva* – “suprima o artigo 5º do Projeto de Lei n.º 234 de 2014”; *emenda aditiva* – “acrescente-se parágrafo único aos artigos 7º, com a seguinte redação”; *emenda modificativa*: embora modifiquem o projeto

¹⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 429.

principal, não o alteram substancialmente a ponto de desfigurá-lo¹¹; e *emenda redacional* ou *de revisão*: são emendas tendentes a corrigir vícios de linguagem, incorreções de técnica legislativa.

Os projetos de lei de iniciativa exclusiva podem ser alterados por emenda parlamentar. Novelino (2016) destaca que “ao reservar a iniciativa de determinadas matérias, a Constituição confere ao legitimado apenas a definição do momento inicial do processo legislativo, não a palavra final sobre o conteúdo da futura lei, cuja definição continua sendo atribuição do Poder Legislativo”. (NOVELINO, 2016, p. 618). Apesar da inexistência de impedimento à apresentação de emendas em projeto de iniciativa exclusiva, é importante destacar que as emendas devem possuir pertinência temática com o objeto de lei apresentado, sob pena de usurpação indireta de iniciativa.¹² Além de guardar pertinência temática, são vedadas emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa pública (ressalvado o disposto no artigo 133, §§ 3º e 4º da Constituição de 1988).

Tendo em vista a estrutura bicameral do Congresso Nacional, qualquer alteração substancial feita por uma das Casas deve necessariamente ser analisada pela outra (CRFB/88, artigo 65, parágrafo único), “pois a manifestação legislativa na esfera federal deve ser resultante da conjugação da vontade da Câmara e do Senado. [...] Em regra, não se aprecia a integralidade do projeto, mas apenas a parte alterada, por já ter ocorrido a concordância da Casa iniciadora acerca do restante”. (NOVELINO, 2016, p. 617).

Importante também pontuar a desnecessidade de se retornar o projeto de lei para a Casa iniciadora quando a modificação feita pela Casa revisora for meramente *pormenorizada*, ou seja, não houver alteração material do conteúdo da norma, como exemplo, com a apresentação de emendas de redação, que tem por objetivo sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto. (RICD, art. 118, § 8º).

Após a discussão, tem-se a votação¹³, que ocorre, em regra, no plenário de ambas as Casas. Quando o regimento interno dispensar tal competência, a votação pode ser feita nas comissões, salvo recurso de um décimo dos membros da Casa, por previsão constitucional do artigo 58, § 2º, I). (BRASIL, 2022). Conforme previsto no artigo 47 da CRFB/88, o quórum a

¹¹ Como exemplo “*altere-se o artigo 3º do Projeto de Lei n.º 234 de 2014, passando a ter a seguinte redação*”.

¹² STF – ADI 3.926/SC, Rel. Min. Marco Aurélio (05.08.2015): “PROJETO DE LEI – INICIATIVA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO – EMENDA PARLAMENTAR – DESVIRUTALMENTO. A ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa a projeto de lei de iniciativa exclusiva do Executivo leva a concluir-se pela inconstitucionalidade formal”.

¹³ As votações são feitas, via de regra, separadamente. Porém, o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT previu a votação unicameral para a revisão constitucional. Tipos de votação: ostensiva, secreta, simbólica e simbólica por voto de liderança.

ser observado para a instalação da sessão é de maioria absoluta¹⁴ (ou seja, mais da metade dos membros do órgão legislativo). Se aprovado, o projeto de lei seguirá para *autógrafo*, sendo posteriormente enviado ao Presidente da República para sanção. Caso seja rejeitado, o projeto de lei será arquivado, por determinação do artigo 65 da CRFB/88, somente podendo ser apresentado novamente na nova seção legislativa,¹⁵ salvo se houver iniciativa da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Em complemento ao alegado, é interessante destacar que:

O “princípio da irrepetibilidade” dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa, veda ao Presidente da República não apenas submeter à apreciação do Congresso Nacional projeto de lei versando, total ou parcialmente, a mesma matéria, mas também editar medida provisória disciplinando o tema, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e de transgressão à integridade democrática. (NOVELINO, 2016, p. 619).

Após discutido, votado e aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto de lei é encaminhado ao Presidente da República, que será responsável pela sanção ou veto ao projeto de lei. *Sanção* é a concordância com o projeto de lei, o *veto* a discordância. Interessante observar que, o exercício do poder de veto por parte do Presidente, também existe em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do norte-americano.

Conforme previsto no inciso V do artigo 84 da Constituição, o veto, seja total ou parcial, é de competência do Presidente da República. Esse veto pode ser político (por contrariedade ao interesse público) ou jurídico (por inconstitucionalidade).

De acordo com o disposto no artigo 66 da CRFB/88, a sanção expressa deverá se realizar no prazo de quinze dias úteis, e em não sendo respeitado tal prazo, o projeto de lei será considerado sancionado tacitamente pelo Presidente da República. Deste modo, o prazo de quinze dias úteis é, na verdade, o prazo que o Presidente terá para vetá-lo. Importante destacar o fato de ser o veto *relativo* (pode ser derrubado pela maioria absoluta do Congresso Nacional) e *irretratável* por parte do Presidente da República.

A sanção não supera o vício de iniciativa, estando superado o entendimento tradicional do STF, no sentido de que sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo

¹⁴ Maioria absoluta: prevista para aprovação de lei complementar, declaração de estado de sítio, rejeição de veto presidencial. Maioria simples: compreende a maioria dos parlamentares que efetivamente comparecerem à sessão legislativa, sendo importante destacar que o artigo 47 da Constituição de 1988 veda a abertura de sessão deliberativa em que não se faça presente, pelo menos, a maioria absoluta dos membros de uma casa legislativa.

¹⁵ A sessão legislativa compreende o período anual no qual estão compreendidos dois períodos legislativos. Os períodos legislativos (semestrais) são: 2 de fevereiro a 17 de julho e 1º de agosto a 22 de dezembro (CRFB/88, artigo 57).

(Súmula 5 do STF). Há divergências em relação à sua natureza jurídica, sendo considerado como I) direito; II) poder ou III) poder-dever.

O Presidente vetará o projeto de lei quando considerá-lo, no todo ou em parte, inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político), devendo comunicá-lo motivadamente dentro de quarenta e oito horas ao Presidente do Senado Federal.

O veto parcial somente foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1926, por intermédio da Emenda Constitucional 1/1926 à Constituição de 1891, devendo abranger somente texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

Dentre suas características, o veto deve ser: *fundamentado, suspensivo, irretratável e relativo*. Assim, o veto deve conter motivos (fundamentado), como também impede que a lei entre em vigor, pelo menos até a sua apreciação pelo Congresso Nacional (suspensivo), que poderá derrubá-lo (relativo). O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, e somente será rejeitado pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores. Caso esse prazo se esgote sem deliberação, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições até sua votação final, conforme parágrafo 6º do artigo 66 do Texto Constitucional. A votação para manutenção ou rejeição do veto se dá de modo aberto, por modificação constitucional operada pela Emenda Constitucional 76 de 2013, pois, originariamente a votação se dava em escrutínio secreto.

Interessante observar a possibilidade de o Poder Legislativo derrubar apenas uma parte do veto presidencial. Explicando tal situação, Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2012) ressaltam o fato de o veto integral a projeto de lei equivaler à soma de diversos vetos parciais, o que autoriza o Poder Legislativo a reapreciar individualmente cada um dos dispositivos vetados.

Além disso, o Presidente da República não pode ser retratar (irretratável), “uma vez vetado o projeto, as razões do veto terão que ser submetidas, necessariamente, ao Presidente do Senado”. (PADILHA, 2014, p. 436).

Em verdade, o veto constitui importante mecanismo de controle preventivo de constitucionalidade, juntamente com o parecer elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça. Em relação à questão, interessante a observação de Araújo e Nunes Júnior:

Podemos afirmar que as ocasiões mais eficazes do controle preventivo são o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e o veto, sendo este, certamente, o momento de maior eficácia, porque exige, para sua derrubada, a maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 62).

Após a fase constitutiva, com a sanção presidencial ou a derrubada de seu veto pelo Congresso Nacional, chega-se à fase complementar do processo legislativo, que compreende a promulgação e a publicação da lei. A essa fase a doutrina também denomina *fase de integração de eficácia*. (MASSON, 2015).

A promulgação, que é a confirmação da existência da lei, deve ocorrer até quarenta e oito horas após sua sanção, conforme prevê o parágrafo sétimo do artigo 66 do texto constitucional. Promulga-se a “lei” e não o “projeto de lei”, em que pese a praxe no direito brasileiro de se datar a lei com a data de sua respectiva promulgação.

A promulgação, como ato do Presidente da República, deve ocorrer no prazo de até quarenta e oito horas após a sanção do projeto de lei ou da comunicação da rejeição do veto. Caso o Presidente não o faça dentro desse prazo, caberá o Presidente do Senado Federal¹⁶ fazê-lo dentro do mesmo prazo, e caso esse não o faça, caberá ao Vice-Presidente do Senado Federal fazê-lo imediatamente, sob pena de, em caso contrário, responder por crime de responsabilidade.

A publicação é o ato que confere obrigatoriedade à lei, devendo ser feita em meio oficial. De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, após sua publicação, caso não preveja a lei sua vigência imediata ou prazo de vacância maior, haverá um período de *vacatio legis* de 45 dias em nível doméstico e 3 meses em nível internacional.

Vigora no ordenamento jurídico a ficção jurídica de que, com a publicação, todas as pessoas adquirem conhecimento da lei, de modo que, a partir de então ninguém poderia se escusar de cumpri-la alegando seu desconhecimento.

2.2 O processo legislativo sumário

Estudada a mais conhecida modalidade de processo legislativo, qual seja, o processo legislativo ordinário, passa-se à análise do processo legislativo das outras espécies normativas do artigo 59, o que é denominado pela doutrina por *processos legislativos especiais*. Porém, antes disso, para atender ao rigor doutrinário, estudar-se-á o processo legislativo sumário.

¹⁶ “Nas quarenta e oito horas que o Presidente do Senado Federal possui para promulgar a lei, o Presidente da República mantém intacta sua prerrogativa de também fazê-lo. Isso porque o intuito da Constituição Federal foi o de evitar que a promulgação não se efetivasse, de forma que sua permissão para que o Presidente do Senado promulgue a lei afigura-se como uma ampliação (e não como uma substituição) do rol de autoridades competentes para a prática do ato.” (MASSON, 2015, p. 760).

Importante ressaltar que o processo legislativo sumário não engloba uma espécie normativa específica. Em verdade, o processo legislativo sumário é um critério de velocidade na tramitação do processo legislativo de apreciação de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, na hipótese do artigo 64 da CRFB/88. (BRASIL, 2022).

Assim, de acordo com o artigo 64, o Presidente da República poderá solicitar ao Congresso Nacional urgência na apreciação de projeto de lei de sua iniciativa. Conforme teor do referido dispositivo:

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código. (BRASIL, 2022).

A exegese do artigo 64 do texto constitucional prevê que, em caso de solicitação de urgência para apreciação de projetos de iniciativa do Presidente da República, deverão, Câmara dos Deputados e Senado Federal, sucessivamente, se manifestar em 45 dias, cada um, o que gera um prazo de 90 dias, conforme previsto no parágrafo segundo do dispositivo legal. Por sua vez, se houver emendas ao projeto de lei no Senado Federal, a Câmara dos Deputados terá o prazo de 10 dias para apreciá-las, conforme previsto no parágrafo terceiro do dispositivo em análise, o que totalizará o prazo de 100 dias.

Em resumo, de acordo com Marcelo Novelino:

Havendo solicitação de urgência pelo Presidente da República, único legitimado para tal iniciativa, a apreciação do projeto de lei deverá ocorrer no prazo máximo de 90 dias, podendo ser ampliado por mais dez, na hipótese de emenda no Senado. Não há aprovação por decurso de prazo. (NOVELINO, 2012, p. 834).

O parágrafo quarto prevê a inaplicabilidade do processo legislativo sumário a projetos de código, isso, tendo em vista a complexidade de um código em relação a outras leis, o que poderá comprometer a sua qualidade e profundidade argumentativa. O mesmo dispositivo ressalta que os prazos não correm em períodos de recesso do Congresso Nacional. Essa proibição tem como objetivo não encurtar a discussão de um projeto de lei.

2.3 Processos legislativos especiais

Como ressaltado alhures, por processo legislativo especial compreende-se o procedimento de elaboração das demais espécies normativas previstas no artigo 59 da CRFB/88, à exceção da lei ordinária, que, como visto, é elaborada por intermédio do processo legislativo ordinário.

2.3.1 Processo legislativo especiais das emendas constitucionais

Previstas no artigo 60, as emendas constitucionais objetivam a modificação do texto constitucional, possuindo limitações materiais, formais (procedimentais) e circunstanciais.

Conforme prevê o artigo 60 do texto constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 2022).

Esmiuçando o dispositivo, têm-se, primeiramente, os seus legitimados. Nesse sentido, o artigo 60 previu como legitimados à apresentação de uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional): I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 2022).

Posteriormente, o texto constitucional prevê as limitações circunstanciais, ou seja, circunstâncias que impedem a discussão de uma PEC. Assim, o parágrafo primeiro afirma que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (BRASIL, 2022). Essa limitação tem por objetivo impedir que, em

situação de fragilidade constitucional, possa haver uma alteração no corpo da constituição, o que poderá comprometer a qualidade democrática.

Posteriormente, o dispositivo constitucional prevê as chamadas *cláusulas pétreas*, qualificadas como limitações materiais de alteração constitucional. De acordo com o parágrafo quarto do artigo 60:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 2022).

Esse núcleo-duro da Constituição não pode sofrer alteração para diminuir o seu espectro de proteção dos indivíduos. É importante ressaltar que a república não é uma cláusula pétrea, assim como o voto obrigatório (somente é cláusula pétrea as características: direito, secreto, universal e periódico). Por fim, é necessário afirmar que os direitos e garantias individuais podem se situar em qualquer parte da Constituição de 1988. Há alguns entendimentos no sentido de que somente é cláusula pétrea o conteúdo do artigo 5º da CRFB/88. Ademais, há entendimento no sentido de que todo o Título II da Constituição seria cláusula pétrea.

Porém, esses não são os melhores entendimentos, em decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito. Do contrário, cláusulas pétreas podem se situar geograficamente em qualquer lugar do ordenamento jurídico, inclusive fora do próprio texto constitucional.

Assim, “é imperioso ter em mente, porém, que a parcial intocabilidade de certas matérias não erradica sua plasticidade por completo, pois o constituinte proibiu apenas a abolição de cláusula pétrea, sem vedar a simples alteração que preserve seu núcleo essencial”. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 464).

Tendo em vista a federação brasileira instituída historicamente no Brasil, com a participação das vontades parciais na vontade geral, tem-se a admissão de os Estados-membros apresentarem propostas de emendas à Constituição, por intermédio das Assembleias Legislativas, conforme previsto no inciso III do artigo 60. (BRASIL, 2022).

O Presidente da República participa no processo legislativo especial das emendas constitucionais somente a fase da elaboração de proposta de emenda constitucional (PEC), não havendo sua participação na sanção e promulgação.

José Afonso da Silva (2005) defende a possibilidade de iniciativa popular para apresentação de emendas constitucionais. No mesmo sentido, Rodrigo Padilha (2014) também

advoga tal possibilidade, lembrando ainda que “atualmente, mas da metade das Constituições estaduais preveem em seu texto iniciativa popular para PEC”. (PADILHA, 2014, p. 428).

2.3.4 Processo legislativo especial das medidas provisórias

Antes de se analisar as medidas provisórias, é necessário frisar que não será aberto tópico específico para abordar as leis complementares, tendo em vista o fato de o procedimento legislativo delas ser idêntico ao procedimento das leis ordinárias, com a diferença de quórum, como ressaltado. Enquanto o quórum das leis ordinárias é de maioria simples (ou relativa), o quórum das leis complementares é de maioria absoluta.

Outra diferença é em relação à temática. Há matérias constitucionais que só podem ser tratadas por lei complementar. Nesse caso, a própria Constituição diz “nos termos da lei complementar”. Assim, quando não houver essa expressão, o tema poderá ser tratado por lei ordinária. Em resumo, grosso modo, essas são as duas diferenças entre lei ordinária e lei complementar. Nesse sentido, fala-se, a partir de agora, das medidas provisórias.

Previstas no artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 32 de 2001, as Medidas Provisórias (MP) são atos normativos editados pelo Presidente da República com força de lei em casos de relevância e urgência, sendo apreciadas por ambas as Casas do Congresso Nacional em sessões separadas. Importante destacar terem sido as medidas provisórias introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Constituição de 1988, em substituição ao antigo decreto-lei.

A fonte inspiradora da medida provisória é a figura do *provvedimenti provvisori*, do sistema parlamentarista italiano. Fato é que a medida provisória coaduna com o sistema parlamentarista de governo, que prevê a possibilidade de queda do Gabinete por parte do Parlamento. Assim, a inserção de medida provisória em sistema presidencialista, como é o caso brasileiro, provoca disparidades práticas. De acordo com Nathalia Masson:

Aspecto bastante comprometedor é o uso desmedido por parte do Presidente da República que, muito apreciando a facilidade em “legislar” recebida diretamente da Constituição, multiplica-as e delas faz um instrumento “ordinário” de produção normativa, sem que o Poder Legislativo possa responsabilizá-lo em caso da não conversão da medida em lei, vale dizer, em situação de um mau ou inadequado uso do instrumento normativo. (MASSON, 2018, p. 920).

Por simetria constitucional, havendo previsão nas Constituições dos Estados, é possível que Governadores possam editar medidas provisórias, válidas na esfera estadual. Decorrencia também do princípio da simetria, compreende-se possível a edição de medida provisória na

esfera municipal. “Neste caso, ademais da estrita obediência ao regramento básico imposto pela Constituição Federal, é preciso que haja previsão expressa do cabimento da espécie normativa na respectiva Constituição estadual e também na Lei Orgânica Municipal, para que os Prefeitos Municipais possam fazer uso das medidas”. (MASSON, 2018 p. 921).

Em relação aos pressupostos formais, devem ser observados a relevância e a urgência. Deste modo, é necessário que haja urgência na tramitação do tema, que inviabilize até mesmo o trâmite legislativo sumário.

São características diferenciadoras das medidas provisórias em relação às leis são: *i*) órgão competente; *ii*) caráter excepcional e efêmero; *iii*) precariedade, pois podem ser rejeitadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional; *iv*) perda de eficácia desde o início (*ex tunc*); e *v*) relevância e urgência.

Em relação ao seu prazo de vigência, as medidas provisórias possuem prazo de vigência de 60 dias, contado a partir de sua publicação, prorrogável automaticamente, uma única vez, por igual período, caso sua votação não tenha sido encerrada nas duas Casas Legislativas. Esse prazo foi instituído pela Emenda Constitucional n.º 32 de 2001, que o ampliou, porém, diminuindo as indefinidas prorrogações originariamente permitidas.

É possível a extensão do prazo de produção dos efeitos da medida provisória em razão de incidência de recesso parlamentar. Nesse caso, enquanto o funcionamento das Casas do Congresso Nacional é descontinuado e as votações suspensas, a MP continua a produzir seus efeitos. “No entanto, mesmo com a eficácia intacta, a contagem do seu prazo de eficácia fica suspensa, isto é, paralisada enquanto durar o período de recesso parlamentar”. (MASSON, 2018, p. 925). Assim, tão logo é editada, a medida provisória começa, imediatamente, a produzir efeitos.

Por sua vez, em relação aos pressupostos materiais, determina o parágrafo primeiro do artigo 62 a vedação de que MP trate sobre nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, Direito Penal, Direito Eleitoral, Direito Processual Penal e Processual Civil, como também organização do Ministério Público e do Poder Judiciário, detenção ou sequestro de bens e de poupança popular. Além de matérias reservadas à lei complementar.

Além das vedações acima, há limites implícitos, a saber, os artigos 49, 51 e 52 da Constituição de 1988, haja vista veicularem matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional de competência privativa das Casas Legislativas.

A ADInMC 3090/DF determinou que a lei de conversão não convalida os vícios formais por ventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em relação ao seu processo legislativo, importante destacar a obrigatoriedade de os pressupostos de relevância e urgência deverem ser justificados mediante

mensagem presidencial e documentos a expor a motivação do ato. Recebida a comunicação, nomeia-se comissão de 12 senadores e 12 deputados federais, que elaborarão parecer prévio quanto aos aspectos constitucionais da medida, parecer de observância obrigatória, conforme ADI 4029/DF.

De acordo com Marcelo Novelino (2016) “a utilização indevida ou abusiva deve ser reprimida por intermédio de uma atuação mais rigorosa do Poder Legislativo, quando da apreciação dos pressupostos constitucionais, e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, quando provocado para tal”. (NOVELINO, 2016, p. 626).

A norma só se estabiliza se o Legislativo converter em lei a medida provisória dentro do prazo fixado pela Constituição. Em caso contrário, perderá eficácia desde a publicação. Caso a medida provisória sofra modificações no Congresso Nacional será necessária a sanção do Presidente da República para sua aprovação.

A regulamentação das relações jurídicas deve ser feita mediante decreto legislativo pelo Congresso Nacional.

Importante destacar a possibilidade de responsabilização política do Presidente da República no abuso doloso na edição de MP, conforme determina o artigo 85, inciso II do texto constitucional (ADI 1610/DF).

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da simetria, os Estados-membros poderão adotar MP, desde que previstas nos textos constitucionais estaduais (ADI 425/TO e ADI 2391/SC). No mesmo sentido, na ADI 2391/SC, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

2.3.4 Processo legislativo especial das leis delegadas

Com a previsão constitucional das medidas provisórias, esvaziou-se o processo legislativo das leis delegadas, tendo em vista ser mais fácil a elaboração de uma medida provisória, em decorrência de não ser necessária autorização prévia, mas sim posterior.

Em relação às leis delegadas, o Presidente da República solicitará ao Congresso Nacional delegação de competência legislativa para que inicie o seu processo legislativo.

A resolução poderá conceder poderes para que o Presidente da República elabore, promulgue e publique a lei delegada, se esgotando o processo legislativo no Executivo, trata-se da *delegação típica* ou *própria*. Além da delegação típica, é possível que o Congresso Nacional determine a sujeição do projeto de lei delegada à aprovação pelo Poder Legislativo, em votação única, sendo vedada qualquer emenda, conforme determina o parágrafo terceiro do artigo 68. Neste caso, ocorre a denominada *delegação atípica* ou *imprópria*.

As vedações materiais às leis delegadas estão elencadas no parágrafo primeiro do artigo 68, sendo: I) atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e de suas Casas; II) matérias reservadas à lei complementar; III) leis sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, carreira e garantia dos seus membros; IV) matérias sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; e V) matérias relacionadas aos planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

2.3.5 Processo legislativo especial dos decretos

Decretos e resoluções têm como traço comum o fato de serem editados exclusivamente para tratar de matérias de competência do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Desse modo, como há interesse específico do Poder Legislativo, não há que se falar em participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo, exceto em raros casos específicos de iniciativa.

Tirando esse ponto de semelhança, há a diferença principal entre as duas espécies normativas: salvo raras exceções, as resoluções são elaboradas para normatizar matérias que produzem efeitos internos às Casas Legislativas. Por sua vez, os decretos são elaborados para normatizar matérias que produzem efeitos externos ao Congresso Nacional. Essa, porém, não é uma definição precisa e absoluta, já que existem resoluções que apresentam também efeitos externos.

As previsões de elaboração de resoluções e de decretos para normatizar determinados assuntos estão previstas no texto constitucional (artigos 51 e 52), que, pela limitação espacial do presente estudo, não serão listadas no seu corpo.

Os decretos legislativos são atos normativos de iniciativa do Congresso Nacional, podendo se deflagrar por qualquer comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal para a normatização de assuntos de competência exclusiva do Congresso Nacional¹⁷, produzindo efeitos externamente.

De maneira semelhante às resoluções, a tramitação dos decretos legislativos está prevista no regimento interno do Congresso Nacional, devendo ser instruída, discutida e votada por ambas as Casas do Poder Legislativo.

¹⁷ As matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional estão listadas no artigo 49 do texto constitucional.

O Presidente da República não participa da edição de um decreto legislativo, além de não ter prerrogativa de iniciativa do procedimento. Também, de maneira semelhante ao que ocorre com as resoluções, o processo não passará pelo seu crivo durante a tramitação.

A promulgação do decreto será feita pelo Presidente do Senado Federal, tendo em vista ser ele o Presidente do Congresso Nacional.

2.3.6 Processo legislativo especial das resoluções

A tramitação das resoluções é definida pelos regimentos internos das Casas Legislativas e do Congresso Nacional. Em relação às resoluções do Congresso Nacional, essas serão instruídas, discutidas, votadas e promulgadas por ambas as Casas. Por sua vez, caso uma resolução seja de competência do Senado Federal, essa tramitação ocorrerá internamente à referida Casa. Em relação às resoluções da Câmara dos Deputados, segue-se a lógica, ou seja, tramitarão internamente na casa, sem a participação do Senado Federal.

A resolução do Senado Federal será promulgada e publicada pelo presidente dessa Casa. Por sua vez, a resolução da Câmara dos Deputados será promulgada e publicada pelo seu presidente. As resoluções do Congresso Nacional serão promulgadas e publicadas pelos respectivos Presidentes das casas.

2.4 A iniciativa popular na Constituição de 1988

Além da sua previsão em nível federal, a iniciativa popular está prevista, também, constitucionalmente nos Estados (artigo 27, parágrafo quarto da CRFB/88) e nos Municípios (artigo 29, inciso XII, da CRFB/88). A iniciativa popular decorre do inciso III do artigo 14 da CRFB/88, ao ressaltar que a soberania popular será exercida, dentre outras formas, por intermédio de iniciativa popular.

De acordo com Rodrigo Padilha (2014) “a iniciativa de leis ordinárias e complementares concedida ao povo é expressão do Estado Democrático de Direito e possibilita que o povo, por iniciativa própria, proponha ao legislativo projetos sobre assuntos de seu interesse”. (PADILHA, 2014, p. 428). Nathalia Masson, por sua vez, destaca: “a severidade das exigências constitucionais dificulta a apresentação, à Câmara dos Deputados, de projetos de lei (ordinária ou complementar) de iniciativa popular. Alguns autores, por isso mesmo, afirmam tratar-se a iniciativa popular de instituto decorativo”. (MASSON, 2015, p. 745).

A Constituição Federal estabelece alguns requisitos para o projeto de lei: ser subscrito por pelo menos um por cento do eleitorado nacional, distribuídos em pelo menos cinco Estados-membros, com não menos de três décimos por cento do número total de eleitores em cada um deles. As minúcias do procedimento da iniciativa popular são tratadas pela Lei n.º 9.709 de 1998, que traz duas regras básicas: *i*) o projeto não pode versar sobre mais de um tema; *ii*) também não pode ser rejeitado por vício de forma, devendo a Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção das eventuais impropriedades de técnica legislativa ou mesmo de redação.

Por simetria, a Constituição Federal determina a previsão de iniciativa popular em âmbitos estadual e municipal. Em âmbito estadual, caberá às Constituições de cada Estado determinar o quórum para a iniciativa popular. Por sua vez, em relação aos municípios, a Constituição de 1988, no seu artigo 29, inciso XIII, expressamente delimitou o tema, frisando a necessidade de manifestação de pelo menos 5% do eleitorado do município, em matéria de seu interesse específico.

O quórum para iniciativa popular no âmbito municipal foi previsto pela própria Constituição Federal, que no inciso XIII do artigo 29 definiu: “a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado”. (PADILHA, 2014, p. 428).

Não há atualmente no ordenamento jurídico brasileiro caso de iniciativa conjunta, hipótese que cabe a mais de um órgão ou autoridade, que devem promovê-la necessariamente em conjunto. As últimas hipóteses (artigos 48, inciso XV, e 96, inciso II, alínea b) foram retiradas da Constituição por intermédio da Emenda Constitucional 43, de 2003.

Importante ressaltar a importância da iniciativa popular como instrumento de participação democrática. Contudo, em decorrência da dificuldade imposta pelo quórum, sua operacionalização é rara, sendo escassas as leis provenientes de iniciativa popular.

2.5 O controle jurisdicional de constitucionalidade no processo legislativo

Abordadas as espécies legislativas e os seus processos legislativos, concluindo o estudo proposto, apresentar-se-á uma exposição sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo, tendo em vista sua importância na discussão temática.

O controle preventivo de constitucionalidade, a ser realizado pelo Poder Judiciário, constitui exceção, haja vista a necessária independência entre os Poderes, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 32.033/DF.

Deste modo, em se tratando de projetos de lei, somente será admitido o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em relação à inconstitucionalidade formal, não sendo admissível a apreciação material do conteúdo do projeto. Por sua vez, em se tratando de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) será possível o controle tanto em relação à inconstitucionalidade formal, como também em relação ao aspecto material (inconstitucionalidade material), no sentido de se proteger as cláusulas pétreas.

Conforme ressalta Flávio Martins Alves Nunes Júnior, “nos dois casos, as justificativas para excepcionar a regra estão claramente definidas na jurisprudência do Tribunal: em ambos, o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1323).

3 CONCLUSÃO

O processo legislativo compreende a criação, modificação e revogação de normas jurídicas, sendo um ato complexo, envolvendo a atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo, nesse caso por intermédio da fase de sanção/veto e do Poder Judiciário, que, com o objetivo de se garantir o *devido processo legislativo constitucional*, confere aos parlamentares o direito público subjetivo à sua observância.

São espécies normativas, conforme previsão do artigo 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: I) emendas à Constituição; II) leis complementares; III) leis ordinárias; IV) leis delegadas; V) medidas provisórias; VI) decretos legislativos; e VII) resoluções.

As regras constitucionais básicas do processo legislativo federal devem ser observadas em níveis estadual e municipal, em decorrência do princípio da simetria com o centro.

A Constituição não subdivide o processo legislativo em espécies, o que é feito pela doutrina constitucionalista. Desta forma, o processo legislativo pode ser classificado

didaticamente em relação à sua organização política e em relação às suas fases e ritos procedimentais. Quanto à organização política, o processo legislativo pode ser classificado em: I) *autocrático*; II) *direto*; III) *indireto*; e IV) *semidireto*.

Em relação às suas fases e ritos procedimentais, o processo legislativo se subdivide nas seguintes espécies: i) *ordinário* (comum); ii) *sumário*; e iii) *especial*. O processo legislativo ordinário compreende a elaboração de leis ordinárias. Por sua vez, tem-se como espécies normativas elaboradas por intermédio de processo legislativo especial, a emenda constitucional, a lei complementar, a lei delegada, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções e leis financeiras.

O processo legislativo sumário não é espécie normativa específica. Trata-se de um critério de velocidade na tramitação do processo legislativo de apreciação de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República.

O processo legislativo compreende três partes: *introdutória*, *constitutiva* e *complementar*. No caso do processo legislativo ordinário, que é o mais amplo de todos, a parte introdutória compreende a iniciativa, que não pode ser compreendida tecnicamente como *fase*, mas sim como um ato que desencadeia o processo legislativo.

Após a fase introdutória, passa-se à segunda fase, denominada fase constitutiva, que compreende *discussão*, *votação*, *aprovação* e *sanção/veto*. Após discutido, votado e aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto de lei é encaminhado ao Presidente da República, que será responsável pela sanção ou veto ao projeto de lei. *Sanção* é a concordância com o projeto de lei, o *veto* a discordância.

Superada a fase constitutiva, com a sanção presidencial ou a derrubada de seu veto pelo Congresso Nacional, chega-se à fase complementar do processo legislativo, que compreende a promulgação e a publicação da lei. A essa fase a doutrina também denomina *fase de integração de eficácia*.

A promulgação é a confirmação da existência da lei, deve ocorrer até quarenta e oito horas após sua sanção, conforme prevê o parágrafo sétimo do artigo 66 do texto constitucional. A publicação é o ato que confere obrigatoriedade à lei. De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, após sua publicação, caso não preveja a lei sua vigência imediata ou prazo de vacância maior, haverá um período de *vacatio legis* de 45 dias em nível doméstico e 3 meses em nível internacional.

Por sua vez, os processos legislativos especiais compreendem a elaboração das demais espécies normativas, com exceção das leis ordinárias: emendas constitucionais, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções.

Os cidadãos também são legitimados no processo legislativo, por intermédio da iniciativa popular que, além de previsão em nível federal, também está prevista, constitucionalmente nos Estados (artigo 27, parágrafo quarto da CRFB/88) e nos Municípios (artigo 29, inciso XII, da CRFB/88).

Por fim, o estudo abordou o controle jurisdicional de constitucionalidade no processo legislativo. Em se tratando de projetos de lei, somente será admitido o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em relação à inconstitucionalidade formal, não sendo admissível a apreciação material do conteúdo do projeto. Por sua vez, em se tratando de Proposta de Emenda Constitucional será possível o controle tanto em relação à inconstitucionalidade formal, como também em relação ao aspecto material (inconstitucionalidade material), no sentido de se proteger as cláusulas pétreas.

Enfim, um processo legislativo democrático e republicano é fundamental para o saudável desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, modelo instituído formalmente pela Constituição de 1988 e materialmente perseguido pela sociedade brasileira, como um todo, tendo em vista a necessidade de a realidade confirmar o texto, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional**: tomo II. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

IMPARCIALIDADE DO JUÍZO E CRITÉRIOS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: um estudo sob a ótica do artigo 489, do CPC/15 e artigo 93, inciso IX, da CRFB/88.

Fabrício Veiga Costa¹
Vinicius Matheus dos Santos Pereira²
Lucas Lopes Alves Silva³

RESUMO: O presente trabalho, analisará o exercício de modelos processuais em distintos momentos históricos. Aprofundando na origem da mitológica figura de um magistrado dotado de capacidades divinas, legitimado a agir da forma que lhe mais lhe parecesse justa, com um subjetivo conceito da palavra. Serão demonstradas teorias que surgiram como contraponto à essa figura sacralizada do julgador, as quais, objetivam fazer do ambiente processual, um local, de ampla e exauriente dialeticidade entre as partes, garantidor de um processo constitucional. Por fim, explanará, como o princípio da imparcialidade, corolário ao princípio da obrigatoriedade de fundamentação são fundamentais para uma decisão pautada em requisitos objetivos e jurídicos, e a previsão expressa dessa obrigatoriedade nos artigos 93, IX, da CF/88, e 489, do CPC/15.

Palavras-chave: Modelos processuais; Processo constitucional; Imparcialidade.

ABSTRACT: The present work will analyze the exercise of procedural models in different historical moments. Deepening into the origin of the mythological figure of a magistrate endowed with divine capabilities, legitimated to act in the way that seemed most fair to him, with a subjective concept of the word. Theories that emerged as a counterpoint to this sacralized figure of the judge will be demonstrated, which aim to make the procedural environment a place, of broad and exhausting dialectic between the parties, guarantor of a constitutional process. Finally, it will explain how the principle of impartiality, corollary to the principle of mandatory reasoning, are fundamental for a decision based on objective and legal requirements, and the express provision of this obligation in articles 93, IX, of CF/88, and 489, of CPC/15.

Keywords: Procedural models; Constitutional process; Impartiality.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa buscará apresentar como era exercido o direito processual na vigência de diversas formas estatais já existentes, além de demonstrar como evoluiu, foi estruturado e institucionalizado historicamente o modelo processual democrático-constitucionalizado em um Estado Democrático de Direito como vigora no Brasil atualmente.

¹Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gérias, professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professor do curso de Direito da Universidade de Itaúna.

²Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

Ademais, explanar-se-á também, qual a ótica do direito processual civil para diversos autores e como esses desenvolveram diversas teorias processuais, as quais tiveram evoluções extremamente importantes, que colaboraram no decorrer do tempo para tornar o direito processual que temos atualmente um *locus* de ampla atuação e debate entre as partes interessadas na decisão de mérito de suas pretensões postuladas em juízo, e não um mero ambiente de atuação solitária, autocrática e discricionária do magistrado.

Além disso, será analisado, como fora exercido e estruturado modelos processuais autocráticos, bem como seus defensores, que conferiam e legitimavam atuações discricionárias, arbitrárias e solipsistas dos magistrados, vistos como figuras divinas, dotados ilimitada sapiência, capazes de ditar o direito nos casos concretos e até mesmo autorizados a criarem normas jurídicas que entendiam ser as mais justas e pertinentes à demanda objeto de apreciação. Nesse sentido, mostrará como esse é um modelo de processo que não confere nenhuma segurança jurídica aos jurisdicionados, oferecendo nada mais que decisões cunhadas de subjetivismos, os quais em nada coadunam com a racionalidade jurídica. Portanto, restará demonstrado ser a processualidade democrática, vigente em um Estado Democrático de Direito, o modelo de processo que legitima a atuação direta das partes interessadas em suas demandas, construindo, em conjunto ao magistrado a melhor e mais adequada decisão para seu caso concreto, de forma democrática, racional e jurídico-constitucional.

2. A CRONOLOGIA HISTÓRICA PROCESSUAL.

A visão mitológica de um julgador dotado de capacidades e atribuições divinas é decorrente do direito europeu. Nesse sentido também discorre o professor Fabrício Veiga Costa:

“A consciência do juiz na tradição europeia é um tema que permeia toda a história da humanidade. Esse breve resgate histórico nos permite compreender a formação do pensamento ideológico vigente de que a figura do juiz se equipara à de entidades divinizadas.” (COSTA, 2016, p. 43-44).

Sobre forte influência Iluminista, o Processo como Contrato (séc. XIX), surge sustentado pelo forte medo do poder Inquisitivo, e para frear a usurpação dos direitos, o contrato foi o instrumento idealizado para que viesse garantir o direito de defesa. No início do século XIX, apesar do forte desprendimento das ideias absolutistas, a Igreja Cristã, matriz ética e

religiosa da Europa, continuou a influenciar e a construir os moldes do magistrado que viria a ter uma função judicante baseada na sacralização e divinização da pessoa do julgador.

Na metade do século XIX, em alguns países europeus, houveram algumas revoluções. Essas, ocorreram desencadeadas pelas insatisfações com os regimes autocráticos e das crises econômicas. Nesse mesmo período, Savigny pensava uma teoria processual que ainda era vinculada ao direito privado, mas já existiam características que se desprendiam desse direito, nessa teoria o Estado já exerce a função jurisdicional. Nesse caso, surgindo um conflito, as partes envolvidas concordariam em acatar a decisão proferida por um juiz visto como um “sujeito dotado de uma percepção inata de justiça e, por isso, utiliza essa sua sabedoria sacerdotal no ato de interpretação e de aplicação da lei.” (COSTA, 2016, p. 45).

No Direito alemão, Oskar von Bülow, era pioneiro de um modelo de processo como parte do direito público, ou seja, passa a ter autonomia científica passando a fazer parte do ramo do direito público. Assim, o processo passou a ser visto como uma relação jurídica regida pelo direito público, onde o juiz tem posição hierarquicamente superior às partes, além de ser considerado como intérprete qualificado da lei. Como intérprete qualificado da lei, o juiz de Bülow tem a liberdade de criar o direito mais adequado ao caso concreto. A resolução do conflito de interesses levado à apreciação do judiciário, exigia uma decisão justa, porém, o conceito de justiça era aquele preconizado pelo julgador nos ditames da sua subjetividade.

A relação jurídica disseminada por Bülow, ainda que tenha trazido consideráveis reflexões para a interpretação sistêmica do direito processual, também trouxe um enraizamento que estruturou de forma endêmica um dogma da jurisdição como sendo uma atividade pessoal do julgador. Ficando difundido o axioma que dava aos juízes a capacidade de adequar norma à forma justa, subjetiva, a aplicabilidade do caso concreto.

A noção de processo em Goldschmidt é caracterizada pela heterocompositividade ainda permanecendo o controle do processo sobre decisão do magistrado, atribuindo a esse, ainda, uma posição de hierarquia superior aos integrantes da relação jurídica processual. Além de amplos poderes e liberdades conferidos ao julgador, podendo criar e aplicar o direito que entendesse melhor ao caso concreto.

Jaime Guasp interpretava o processo como a instituição jurídica destinado a cumprir um papel sociológico, Jaime Guasp partia do pressuposto de que o juiz julga uma demanda cumprindo uma função social. Desse modo, aquela decisão desestimula outras pessoas a praticarem a conduta julgada.

Para Guasp o processo tem escopos metajurídicos devido ao seu papel sociológico. O juiz é visto como justiceiro social, é dever do magistrado se preocupar com a sociedade, para

ele o papel do processo não deve ser estaticamente técnico. Desse modo, vendo o processo como um meio de regulamentar e padronizar as atividades sociais, ainda que indiretamente, o processo em Guasp, confere ao magistrado o poder legítimo de debruçar-se em critérios metajúridicos, axiológicos e solipsistas, com o pressuposto do papel sociológico da atuação jurisdicional.

A partir da década de 70, contrapondo a teoria da Relação Jurídica, o modelo de processo Fazzalariano é um modelo processual democrático, não trabalhando o juiz como protagonista do processo. Consequentemente, o julgador encontra-se em um mesmo plano que as partes. Aqui, o processo é exercido como um procedimento conferidor de uma paridade de armas entre as partes.

Função exercida pelo Estado-Juiz que tem por objetivo garantir que os sujeitos do processo, participem da construção decisão judicial. Quem decide o Processo são as partes do processo, tornando a sentença judicial um ato compartilhado, dinâmico, deixando de ser um ato unilateral do Juiz. É sobre a luz da teoria Fazzalariana que a necessidade do Direito de Defesa se põe como marco inicial de rompimento com o processo de caráter inquisitorial. Nesse modelo, as partes poderão participar da construção do mérito. É uma função Estatal exercida de forma compartilhada, que juntos poderão atuar na constituição do mérito, isto é, a participação das partes intermediada pelo Estado-Juiz, confeccionaram o provimento judicial. Importante colocar foco sobre o termo provimento em que, Fazzalari, deixou claro a assimetria com a Relação Jurídica.

Em 1984, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida por ser uma Constituição extremamente democrática e voltada aos direitos dos seus cidadãos, já se falava em Processo Constitucional. A adoção de um molde processual constitucional, para José Alfredo de Oliveira Baracho, está intrinsecamente ligada ao Estado Democrático de Direito. O Processo Constitucional definido como uma metodologia de efetivação dos direitos fundamentais tem o compromisso de garantir igualdade no acesso e no exercício dos direitos fundamentais. Metodologia que garante a efetivação dos direitos fundamentais prevista no plano constituinte. Contrapõe-se a Teoria da Relação Jurídica, o magistrado não está em posição hierarquicamente superior às partes, ele se encontra no mesmo plano em que essa, bem como, não proferirá sua decisão de forma unilateral. O compromisso era em cumprir a eficácia dos direitos fundamentais. O direito de defesa é constitucionalmente assegurado e se relaciona com o conceito de bilateralidade que garante o direito igual aos interessados.

Na Teoria Neo-Institucionalista do Processo, Rosemiro Pereira Leal, o compreende como um ambiente processual, onde será assegurado a ampla dialeticidade processual,

necessária para elucidar os pontos controversos da demanda, além do igual direito de construção de provas de ambas as partes é uma teoria constitucional do processo não é definida de forma unilateral pelo juiz, ou seja, os sujeitos envolvidos no conflito, terão direito de participar da construção da decisão de mérito, quem julga a lide são as partes interessadas no caso concreto, essa teoria contesta a discricionariedade judicial. No Processo Neo-Institucionalista para que uma decisão seja considerada válida terá de ser baseada em argumentos legais, constitucionais e racionais. Rosemiro, elucida, que para garantir a construção participada, na decisão, é necessário observar os cinco princípios institutivos do processo, que garantem aos interessados na demanda, uma prestação jurisdicional que respeite os direitos fundamentais previstos em órbita constitucional e infraconstitucional. São princípios que garantem a legitimidade democrática na construção participada dos provimentos judiciais, princípio do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, isonomia processual e indispensabilidade do advogado.

Portanto, um fator necessário e relevante a ser explanado é que a imparcialidade do Juízo passa por um processo de desmistificar a figura do magistrado como divindade, como centro da resolução de mérito, o meio para fazê-lo é através da fundamentação jurídico-constitucional das decisões jurisdicionais. Restando, somente o modelo processual constitucional, garantidor de que um ambiente processual, que seja voltado a efetivação e proteção dos direitos fundamentais.

3. O PROCESSO AUTOCRÁTICO.

O modelo processual autocrático, confere ao indivíduo investido na função de julgador, amplos poderes e liberdades para praticar os atos processuais e principalmente decidir e impor às partes sua decisão unilateralmente construída. Parte do pressuposto de que a pessoa do magistrado é quem deve adequar o fato à norma jurídica, podendo também criar o direito, que considerar mais justo e adequado para o caso concreto, baseando em critérios axiológicos e metajurídicos, decorrentes de suas subjetividades, de seus valores pessoais.

Em análise histórica das teorias processuais, nota-se o afirmado pelo professor Fabrício Veiga Costa:

“As duas primeiras teorias do processo têm gênese no direito privado e são de natureza contratualista. Deixam clara a concepção autocrática de processo, uma vez que as partes são colocadas em absoluta posição de subserviência em

relação ao julgador. Na verdade, são obrigadas a se submeterem às determinações impostas pelo decididor.” (COSTA, 2016, p.50).

Assim, nota-se a legitimação da figura mitológica de juiz, portador de ilimitada sabedoria e uma liberdade inflada. Também detentor de uma posição hierárquica que se sobrepõe aos sujeitos interessados em suas pretensões objeto de apreciação.

Como contraponto às teorias processuais regidas em órbita de Direito Privado, surge a Teoria do Processo como Relação Jurídica, com autoria do alemão Oskar Von Bülow, em 1868, que assim “destaca-se no cenário jurídico como precursor do marco da autonomia do Processo ante ao direito material” (LEAL, 2009, p.78). Bülow, “em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*” é reconhecido como o doutrinador com “o mérito por retirar o processo do âmbito privatista, finalmente alcançando-o ao âmbito publicista, que até hoje se encontra”. (NEVES, 2022, p. 160)

Por conseguinte, o processo passa a ser exercido como uma relação jurídica processual entre os indivíduos, garantidora de exacerbadas liberdades e poderes, conferidos ao julgador para apreciação e julgamento das demandas postuladas em juízo.

Entende-se, na processualidade democrática, não competir ao magistrado criar à norma para o caso concreto, e que, atuando dessa maneira proferirá um provimento jurisdicional com caráter discricionário e autocrático, que não confere segurança jurídica aos interessados daquela demanda objeto de apreciação jurisdicional. Expressiva é a fala professor Lênio Luiz Steck ao afirmar que: “o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores [...]” (2010, p. 93). Dessa maneira, compreende-se que a decisão discricionária é aquela, na qual o julgador não se compromete a apreciar as pretensões de maneira racional, bem como não às julga baseando-se em fundamentos objetivos, jurídicos e racionais. A atuação discricionária do magistrado e a criação da lei para o caso concreto efetivam um exercício legislativo que não é competente aos membros investidos em funções atribuídas ao órgão jurisdicional, conforme entende-se a premissa de Lênio Streck.

Necessário explicar, ademais, que o processo autocrático, constrói-se no esteio de uma relação jurídica hierarquizada. Nesse sentido, a relação jurídica processual é analisada, partindo desse pressuposto de relação hierárquica, na qual, o magistrado atuará sempre em posição superior às partes, suprimindo lhes qualquer possibilidade de atuarem e participarem diretamente da construção do provimento final de mérito.

Com isso, verifica-se no processo autocrático, a impossibilidade de as partes interessadas na demanda, participarem diretamente da construção da decisão judicial para seu caso concreto. Às partes, esse direito é usurpado pelo fato de o julgador ser visto como uma

entidade divinizada, a qual, porta, detêm, exerce e aplica toda a sua imaculada sabedoria jurídica aos processos postulados em juízo.

Dessa maneira, incumbe ao magistrado, dispondo de toda a sua inata sapiência, apreciar as questões suscitadas no órgão jurisdicional e aplicar-lhes o direito mais justo no caso concreto. Não se deve olvidar, da possibilidade conferida ao julgador, de criar e ditar a norma mais “justa” durante apreciação e julgamento do caso concreto, ainda que utilizando-se como fundamentos, apenas critérios que em nada se relacionem com as ciências jurídicas. Compreende-se, pois, que o juiz sempre objetivará aplicar a norma mais justa ao caso concreto em análise, porém, o conceito de justiça no processo autocrático não é decorrente da aplicação racional das normas jurídicas pré-constituídas, mas sim a definição do que é justo subjetivamente àquele magistrado, podendo atuar de forma contrária à legislação, ou até mesmo cria-la, em defesa da sua justiça subjetivamente preconizada. Em suma, no modelo processual autocrático, é legítima a fundamentação discricionária, metajurídica e subjetiva do juiz.

Nesse prisma, em uma ótica de processualidade autocrática, a vinculação do magistrado ao apreciar e julgar as questões de mérito postuladas em juízo, não encontra amparo somente nas fontes do direito, como lei, jurisprudência e doutrina. Desse modo, poderá o magistrado, suscitar como fundamento para suas atuações em âmbito processual, qualquer discurso relacionado a questões axiológicas, valorativas e subjetivas.

Portanto, como consequência de um molde processual que confere legitimidade ao julgador, para atuar da forma que melhor entende, sem nenhuma vinculação jurídica, objetiva e racional, podendo ditar, criar e aplicar ao caso concreto aquilo que considere justo, ainda que sem dispor de qualquer limitação legal, princípios como a imparcialidade do juízo ficam totalmente impossibilitados de serem efetivados. A única expectativa que pode ter o jurisdicionado com um modelo processual conferidor de amplos poderes ao julgador como os acima elencados, é a de uma prestação jurisdicional que não respeita princípios como o da imparcialidade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, isonomia, segurança jurídica, entre outros, que são basilares de um modelo processual constitucionalizado.

O modelo processual democrático, como pode-se notar, é de fato o modo, pelo qual, poderão as partes, de forma efetiva e isonômica, debaterem e construir diretamente, junto ao magistrado a melhor decisão judicial para o seu caso concreto, com critérios objetivos e fundamentos jurídico-rationais, afastando da atividade jurisdicional todo e qualquer possível exercício pessoal, subjetivo e arbitrário do magistrado.

4. A ESTRUTURAÇÃO DE UM MODELO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO.

A teoria de um modelo processual coerente e que deve vigorar no Estado Democrático de Direito brasileiro, instituído pela CRFB/88, é um modelo de processo constitucional, o qual garantirá, que a imparcialidade do juízo, a segurança jurídica, o devido processo legal e demais outros princípios constitucionais serão observados e assegurados aos interessados das suas pretensões postuladas em juízo. Princípios esses que assegurarão aos jurisdicionados que suas demandas serão analisadas sob uma ótica sempre objetiva, jurídica e racional, afastada de qualquer juízo axiológico, valorativo, arbitrário e solipsista daquele que proferirá a sentença.

Nesse sentido:

A atual Constituição Republicana, tendo por preceito básico a democracia, trouxe diversas garantias direcionadas à proteção da liberdade e dos direitos fundamentais. A força imperativa da Constituição, em razão da sua natureza, contaminou todo o ordenamento jurídico, dando vitalidade constitucional para todo o conjunto normativo. Esse efeito de irradiação constitucional permitiu a afirmação de que toda a legislação válida e toda a discussão afeta ao direito deveria permear-se pelas premissas constitucionais. (VILAS BOAS NETO e CARVALHO, p. 195).

Um dos principais princípios garantidores de um processo democrático é o princípio do devido processo legal, com expressa previsão no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, preconizando que na vigência de um Estado Democrático de Direito, instituído pela nossa Lei Maior, nenhuma pessoa verá sua liberdade, ou bens privados sem o devido processo legal. Diz Daniel Amorim Assumpção Neves que esse princípio “funciona como um supra princípio, um princípio base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo.” É visto como um princípio norteador, haja vista, termos “diversos outros princípios que dele decorrem, tais como o contraditório, a motivação das decisões a publicidade, a isonomia etc.” (NEVES, 2022, p. 176)

Nesse diapasão, ademais, aduz o citado doutrinador sobre o princípio do devido processo legal como um princípio que:

“No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos” (NEVES, 2022, p. 177)

Indo mais além, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias explana:

“o devido processo legal, princípio alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional de processo, considerado este a principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais”. (DIAS, 2018, p. 172).

O princípio do devido processo legal deve também ser analisado como um princípio que irá garantir as partes o direito de não ser surpreendida com uma decisão proferida de forma autocrática e solitária pela pessoa do magistrado. Em face de que, no processo constitucionalizado, traz o direito de as partes exaurirem o debate dos pontos controversos de suas pretensões e interferirem diretamente como coautoras da decisão de mérito de suas demandas.

Nota-se que será conferida às partes, a possibilidade de atuarem diretamente na construção da decisão judicial de seus casos. Sendo essa a forma de processo democrática, “os próprios destinatários do provimento são seus co-autores”, para isso temos o princípio do contraditório, “visto como um princípio constitucional explícito que legitima todos os interessados no direito de argumentação fática e jurídico-legal da questão (ponto controverso) levado ao Judiciário.” (COSTA, 2016, p. 53). Pode-se notar, logicamente, o princípio do contraditório como decorrente do devido processo legal, com a finalidade de institucionalizar e concretizar o processo democrático, que somente tornará legítimo aquele procedimento que assegurar às partes isonômicas possibilidades de debaterem os pontos controversos de suas pretensões. Tal princípio, era tido por Elio Fazzalari, como aquele que garantiria aos envolvidos na relação jurídica processual uma “paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa do procedimento que o torna um processo”. (NEVES, 2022, p. 162).

A ampla defesa, surge como um princípio constitucional expresso no mesmo dispositivo que trata do contraditório. Com previsão no art. 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988). Embora tenham previsão no mesmo inciso constitucional, a “ampla defesa, embora próximo, não se confunde com o direito ao contraditório”. (CRUZ, 2016, p. 103). Toma-se a ampla defesa, como aquela “que autoriza o jurisdicionado a produzir todas as provas e se utilizar de todos meios de prova suficientemente legítimos e coerentes com o objeto da demanda.” (COSTA, 2016, p. 53).

Ademais, em uma ótica de devido processo constitucional, decorrente da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, do mineiro Rosemiro Pereira Leal, a ampla defesa como

princípio institutivo do processo “no paradigma democrático tem sua atuação demarcada por meio do devido processo legal, através do qual, na ordinaryness, é possível a exauriência dos argumentos fático-lógico-jurídicos.” (CRUZ, 2016, p. 102).

Vilas Boas Neto e Carvalho salientam:

O due process of law é a garantia constitucional ao processo regular equilibrado, assegurado a todos os cidadãos. Basicamente, indica as condições mínimas pelas quais um processo deve ser desenvolvido. Seria o critério a ser observado pelo juiz e pelos demais sujeitos na dinâmica processual. (VILAS BOAS NETO e CARVALHO, p. 196).

Já o princípio da isonomia, é tratada como “a regra de que a lei deve tratar todos de forma igual (art. 5º, caput e inciso I, da CF)” aplicada em sede processual “devendo tanto a legislação como o juiz no caso concreto garantir às partes uma ‘paridade de armas’ (art. 139, I, do CPC) como forma de manter equilibrada a disputa judicial entre elas”. Também poderá ser eficaz para constatar a imparcialidade do julgador, pois a “isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive de o juiz demonstrar sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento em favor de qualquer uma delas.” (NEVES, 2022, p. 197).

Ainda sobre a isonomia processual, o art. 7º, do CPC assegura às partes uma paridade, uma igualdade no tratamento, assim, explica o professor Fabrício Veiga Costa:

“A máxima jurídica da ‘paridade de armas’, trazida expressamente pelo legislador no atual Código de Processo Civil, evidencia a importância de garantir iguais oportunidades de debate e produção de provas no âmbito processual”. (COSTA, 2020, p. 107).

Nesse sentido, o referido princípio será assegurado e efetivado às partes não apenas debatendo igualmente pontos controversos de suas pretensões, “mas, sim, pelo direito de ver todas as alegações racionalmente analisadas pelo julgador no momento de apreciação do mérito da pretensão inicialmente deduzida em juízo.” (COSTA, 2020, p. 106).

Alguns dos princípios regentes do processo civil brasileiro, como os acima elencados, demonstram como será efetivada a constitucionalização do processo. Sendo essa forma institucionalizada de um modelo processual constitucional e democrático, que visa garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, permitindo-lhes o amplo e exauriente debate dos pontos controversos de suas pretensões postuladas em juízo e a participação direta na construção da decisão judicial do seu caso concreto. Apaziguadas de qualquer receio acerca de uma prestação jurisdicional decorrente do exercício pessoal de um juiz autocrático e imparcial.

5. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO COROLÁRIO AO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

As normas do ordenamento jurídico brasileiro vigente podem ser definidas, entre outras formas e critérios, em normas regras e normas principiológicas. Normas regras são definidas por terem um reduzido grau de generalidade, são as normas regras, destinadas a pessoas e situações específicas, tendo um caráter voltado a situações concretas. Em outra visão, as chamadas normas princípios, são definidas por disporem de um elevado nível de abstratividade em seus conteúdos, tratando seus destinatários em alto grau de generalidade, ou seja, são normas genéricas, amplas e abstratas, as quais, seus conteúdos não serão direcionados a situações e indivíduos específicos, mas sim voltados à coletividade.

Para Vilas Boas Neto e Carvalho:

A imparcialidade judicial deve ser descrita como o afastamento desinteressado do juiz em relação demais sujeitos processuais. Ou seja: o juiz não poderá escolher um dos lados do processo. O seu interesse deverá ser apenas pela solução dos questionamentos suscitados. O tratamento dado às partes deverá ser isonômico, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa em situação de paridade. Além de imparcial, o juiz tem de ser, também, “imparcial”. (VILAS BOAS NETO e CARVALHO, p. 197).

Nesse diapasão, o princípio da imparcialidade é considerado como um princípio constitucional intrinsecamente ligado ao princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, o qual é um princípio constitucional explícito, com previsão no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

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

Dessa maneira, por se tratar de uma norma de caráter principiológico, ou seja, com elevado grau de abrangência aos seus destinatários, o princípio da imparcialidade do juízo, visa

garantir a todos os jurisdicionados a segurança jurídica nas decisões judiciais que julgarem o mérito de suas pretensões deduzidas em juízo, que serão sempre deverão ser proferidas de forma imparcial. Essa imparcialidade somente poderá ser aferida, mediante a devida fundamentação do magistrado acerca do caso concreto objeto de análise.

Ressalta-se que, “a imparcialidade do juízo é um princípio que rege o direito processual, considerado corolário da obrigatoriedade de fundamentação racional das decisões judiciais [...]” (COSTA, 2020, p.232). Daí, a titulação deste tópico. Assim, a atuação imparcial do magistrado será verificada quando esse, externar por meio das suas decisões, os motivos e fundamentos jurídico-constitucionais e racionais que o direcionaram a agir daquela maneira em juízo.

A priori, destaca-se que “não é o magistrado que deve ser imparcial, mas, sim, o órgão jurisdicional, já que o exercício da jurisdição se dá pelo Estado juiz, e não pela pessoa do julgador[...]” (COSTA, 2020, p. 232). Nessa interpretação sistematizada da processualidade democrática, é notável que o julgador não possui uma atividade solitária e autocrática, como conferida em um modelo instrumentalista de processo. Haja vista, que o exercício da jurisdição é feito pelo Estado juiz, não incumbindo ao magistrado agir de forma divinizada e solitária como ser dotado de todo o poder e sabedoria. Dessa maneira, “obrigar que a decisão seja fundamentada racionalmente constitui uma forma de limitar o poder decisório do magistrado, assegurar maior previsibilidade do julgamento e, por conseguinte, tornar viável a segurança jurídica” (COSTA, 2020, p. 136).

A imparcialidade exigida, será efetivada pelo Estado juiz no momento de apresentar as motivações dos seus atos, nesse sentido, “agir com imparcialidade é o mesmo que decidir de forma parcial, fundamentando jurídico-constitucionalmente sua decisão”. (COSTA, 2016, p. 55). Dessa forma, a jurisdição é exercida pelo Estado juiz que aplicará objetiva, jurídica e racionalmente, a lei nos casos concretos em que atua como esse terceiro imparcial, com funções de solucionar os impasses sociais, sempre que provocado.

Sendo assim, para que seja possível o exercício de uma jurisdição constitucional na vigência de um Estado Democrático de Direito, conseqüentemente, exige-se do indivíduo investido na função de juiz, uma atuação que deverá ser desvinculada de qualquer interesse subjetivo, no momento de se posicionar e julgar os conflitos, e argumentos suscitados pelas partes em decorrência deste, levados à sua apreciação. A necessidade de que o magistrado se desvincule subjetivamente é exercida com a finalidade de que o processo democrático, a ser exercido no Estado brasileiro, seja sempre livre de discricionariedades e juízos axiológicos, subjetivos, que se afastam da beleza da processualidade democrática, aproximando-se da solidão subjetiva do modelo processual autocrático.

Outra exigência feita para que o processo seja um meio democrático de resolução dos conflitos sociais de interesse é a efetiva participação das partes na marcha procedimental, e, principalmente sua atuação direta na construção da decisão judicial das suas pretensões postulas em juízo.

Também se faz necessária distinção sobre a imparcialidade do juízo e a neutralidade do juiz. Este, não deve ser confundido com aquele, pois uma atuação neutra do magistrado, estrutura-se partindo de uma omissão quanto à apreciação e julgamento de determinada demanda judicial, ou até mesmo dos pontos suscitados pelas partes que deixam de ser objeto de posicionamento do magistrado. Dessa maneira, “imparcial é o julgador que se posiciona diante do caso concreto, utilizando-se e fundamentos de natureza constitucional.”, já o julgador neutro será notado quando “se esquivava de se posicionar quanto ao caso concreto, proferindo uma decisão obscura, que muitas vezes não garante nem nega direitos ao jurisdicionado”. (COSTA, 2016, p. 55).

Sendo assim, nunca poderá o magistrado atuar de forma neutra, que caso se omita quanto à sua função de apreciar e julgar demandas judiciais, violará diversos outros princípios, tais como a inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros mais que garantem ao cidadão o direito constitucional explícito de acesso à justiça, com previsão no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988. Além de que, cabe ao julgador acatar a tese de uma das partes, ou ainda que de ambas, reciprocamente, tomando um partido, que deverá ser baseado em uma decisão judicial fundamentada em critérios jurídico-constitucionais, racionais e objetivo.

Portanto, somente através da observância dos princípios constitucionais que garantem ao jurisdicionado o direito de terem um processo constitucional, será possível nos afastarmos de um modelo processual visto como mero instrumento de ditar o direito colocados nas mãos de um solitário juiz autocrático.

A imparcialidade do juízo, é vista como um dos princípios centrais que garante àqueles com pretensões deduzidas em juízo, uma atuação subjetivamente desvinculada do magistrado, que será constatada por meio das motivações, fundamentações de suas decisões. Assim, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aduz:

“A importância do princípio da fundamentação das decisões judiciais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional, impondo aos órgãos judiciais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de forma incompatível com

os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito.” (DIAS, 2018, p. 174).

Com maior profundidade, o referido autor segue trazendo que o princípio da imparcialidade, tem como objetivo “harmonizar-se com o que entendemos ser jurisdição exercida de forma vinculada ou odiente às diretrizes principiológicas do Estado Democrático de Direito.” Portanto, “se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade” a fundamentação das decisões “é justificar o órgão estatal julgador, no processo as razões pelas quais a decisão foi proferida” (DIAS, 2018, p. 177). Ou seja, a interpretação do princípio da imparcialidade, intrinsecamente ligado às motivações, é vista como uma vinculação da atividade do magistrado à jurídica, objetiva, constitucional e racional fundamentação dos seus atos.

No ordenamento jurídico brasileiro, os dispositivos expressos que preveem a importância do princípio da fundamentação corolário ao da imparcialidade, para o direito processual civil, são encontrados, em sede constitucional ao art. 93, IX, e em órbita infraconstitucional nos artigos 11 e 489, do Código de Processo Civil de 2015, sendo este último mais analisado na presente obra.

6. CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Primeiramente, seguindo entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves, não será objeto da presente pesquisa a distinção que permeia a doutrina em relação ao que seria a fundamentação e motivação, analisadas, pois, como sinônimos, no entendimento de que:

“Motivar e fundamentar significam exteriorizar as razões do decidir, e nessa tarefa obviamente as opiniões pessoais do juiz são irrelevantes, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto o direito e não concretizar suas aspirações pessoais.” (NEVES, 2022, p. 187).

Partindo dessa, para que princípios – como os explanados em tópico anterior - possam ser efetivados, e estruturarem um modelo processual a ser exercido de forma democrático-constitucionalizada, garantidos ao jurisdicionado pela Constituição de 1988, o princípio fundamentação racional o objetiva das decisões judiciais sempre deverá ser obedecido.

Ressaltando ser esse, o princípio que possibilita à constatação de uma prestação jurisdicional imparcial.

Conforme isso, “o Estado brasileiro segue o modelo italiano”, isto pois, “o princípio da fundamentação, assim expressamente considerado, tem destacado enunciado normativo na regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal,” no momento em que dispõe “que todas as decisões dos órgãos jurisdicionais serão fundamentadas.” (DIAS, 2018, p. 175).

Nesse sentido, com previsão constitucional expressa, deverá o magistrado apresentar em suas decisões toda sua motivação e razões, que o fizeram julgar determinada demanda daquela forma, ou seja, o levaram a agir daquela maneira. Todavia, o referido dispositivo constitucional atribui ao magistrado apenas o simples dever de fundamentar suas decisões, sem mais nenhuma observação, critérios, ou requisitos que devam ser apreciados como norteadores da fundamentação daquela decisão.

Sendo assim, sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, apreciará o juiz, o conteúdo previsto no art. 489, do referido diploma legal, como critérios especificamente jurídicos e objetivos a serem observados no momento de proferir suas decisões. Esses critérios devem ser observados e seguidos pelo juiz no momento de prolatar sua sentença. O legislador infraconstitucional, previu quais os critérios, com a finalidade de serem estritamente seguidos pelo magistrado como orientadores jurídicos, objetivos e racionais. Tais critérios servirão como norteadores da devida fundamentação das suas decisões judiciais (art. 489, do CPC), afastando sempre o exercício subjetivo, axiológico e autocrático da pessoa investida na função judicante.

Dessa maneira, aduz Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

“os requisitos técnico-jurídicos das decisões jurisdicionais (decisão interlocutória, sentença e acórdão), quais sejam, relatórios, fundamentos (motivação) e dispositivo (conclusão) estão previstos e recomendados nos três incisos do artigo 489, do vigente Código de Processo Civil.” (DIAS, 2018, p. 175).

O autor debruça-se ainda na afirmação de que:

“no Estado Democrático de Direito, a justificativa adotada no pronunciamento jurisdicional decisório tem de ser feita dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais lhe impõem, em forma tal que o agente público julgador dê motivação racional à decisão prolatada, sob a prevalência do ordenamento jurídico em vigor e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão, sendo estas as recomendações feitas no

conteúdo normativo do artigo 489, do vigente Código de Processo Civil”. (DIAS, 2018, P. 180).

Agindo dessa maneira, isenta-se, o magistrado, de qualquer possível vinculação subjetiva à demanda apreciada em sede jurisdicional. Resguardando-se sua imparcialidade, que será conservada, ao proferir decisões que não disponham de quaisquer conteúdos valorativos, solipsistas e discricionários, garantindo àqueles com interesse na demanda, a possibilidade de construírem diretamente a melhor decisão judicial para seu caso concreto, através da exauriência argumentativa, efetivando assim, um modelo processual democrático e compatível com o texto constitucional.

Retroagindo brevemente à análise do art. 93, IX, da CF/88, não podemos nos olvidar da previsão de que aquelas decisões aferidas como despidas de fundamentação serão consideradas nulas. Assim, também preceitua o CPC/15 em seu art. 11, senão vejamos “art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” (BRASIL, 2015).

Nessa seara, destacamos alguns julgados que poderão ser analisados como ofensas aos referidos dispositivos - tanto em âmbito processual penal, quanto civil – e suas respectivas consequências.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ACOLHIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 93, IX, DA CF/88. DECISÃO CASSADA.

-A ausência de fundamentação da decisão judicial fere o princípio constitucional inserto no art. 93, IX, da CF/88, devendo ser declarada a sua nulidade, para que outra, devidamente fundamentada, seja proferida em seu lugar.

-Infringe ainda o disposto no art. 489, do CPC, a ausência de quaisquer dos elementos essenciais da sentença. (BRASIL, TJMG, 2022)

HC 95706 / RJ - RIO DE JANEIRO
 EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. ACÓRDÃO. CONDENAÇÃO. NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - O acórdão recorrido, ao reformar a sentença absolutória, deixou de explicitar em quais elementos de prova fundou-se a condenação, o que viola a exigência constitucional de motivação das decisões. II - Ofensa ao art. 93, IX, da CF. III - Ordem concedida.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - ACOLHIMENTO. - Deve ser declarada a nulidade da decisão que rejeita os embargos de declaração sem a devida fundamentação e de forma genérica, haja vista o disposto no art. 93, IX, da CF e o no art. 489, §1º, do CPC.

-A fundamentação de qualquer decisão judicial deve ser peremptória, eis que sem ela não se pode falar no devido processo legal. Como se recorre de sentença a qual falta fundamentação "quid juris". A questão da fundamentação de qualquer ato judicial faz parte de sua essência consoante se depreende do art. 5º LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

Em suma, após análise das questões acima elencadas, pode-se verificar que o exercício e legitimidade de um modelo processual autocrático, atribuidor de amplas liberdades à pessoa do julgador, que lhe confere uma imagem divina e sacralizada, como portador de ilimitada sabedoria jurídica, capaz de criar a melhor norma a ser aplicada no caso concreto, nos ditames da sua subjetividade é incoerente com a vigência de um Estado Democrático de Direito vigente atualmente no Brasil. A incoerência desse padrão processual, efetiva-se na concentração de toda a atividade procedimental nas mãos do juiz, que, por partir de uma mitologia, o reconhecendo como dominador de todo o conhecimento e sabedoria, e podendo atrelar-se a critérios de fundamentação de seus atos e decisões sem cunho jurídico e racional, não configurará às partes, a possibilidade de debaterem as questões controversas de suas pretensões deduzidas em sede jurisdicional. Desse modo, o julgador tem uma atividade totalmente solitária e autocrática, na qual são legitimados fundamentos discricionários e solipsistas, os quais, são geradores de insegurança jurídica e em nada compactuam com o princípio da imparcialidade.

A processualidade democrática, surge, pois como um modelo processual que se contrapõe a autocracia no processo judicial. Constitui no padrão processual democrático a possibilidade de as partes atuarem, conjuntamente e no mesmo plano hierárquico que o magistrado. Ademais, confere também a possibilidade de debaterem os pontos controversos objetos da lide e participarem diretamente na construção da decisão judicial que mais será adequada ao caso concreto. Nesse prisma, deverá o magistrado apreciar e se posicionar sobre todos as alegações de fato e de direito trazidas pelas partes em juízo, em face de que, qualquer omissão, quanto a apreciação e posicionamento sobre as questões suscitadas pelas partes, configurará cerceamento de defesa.

É notável que os magistrados sofrem de fato influência da sociedade e meio cultural, nos quais estão inseridos. Entretanto, mesmo com essa realidade, faz-se necessário que ao apreciar e julgar as questões levadas ao poder judiciário, o juiz atue de forma objetiva e imparcial, debruçando-se em critérios jurídico-constitucionais e racionais, deixando de lado influências sociais, políticas, culturais e subjetivas da sua pessoa, em face de que, atuando com esses critérios somente assegurará ao jurisdicionado uma decisão pautada em juízos

axiologizantes e discricionários, geradores e garantidores de insegurança jurídica, os quais em nada compactam com um modelo processual democrático, legítimo à ser exercido em um Estado Democrático de Direito.

Essa é a forma institucionalizada de um modelo processual constitucional e democrático, que visa garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, permitindo-lhes o debate dos pontos controversos de suas pretensões postuladas em juízo e a participação direta na construção da decisão judicial do seu caso concreto. Afastadas de uma prestação jurisdicional vinculada a atuações autocráticas daquele investido em sua função.

Finalmente, nota-se que o princípio da imparcialidade do juízo, tratado como corolário ao princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões, confere ao destinatário dos provimentos jurisdicionais, a garantia de que suas pretensões serão analisadas somente com alicerce na norma jurídica objetivamente predisposta. Sendo de obrigatória presença a motivação em todas as decisões do órgão judicial em nosso ordenamento jurídico, sob pena de nulidade para aquelas que não obedecerem a essa norma, com previsão no plano constitucional e legal. Somente por meio da devida fundamentação, com observâncias às previsões constitucionais (art. 93, IX, CF) e infraconstitucionais (art. 11 e 489, CPC/15), será possível aferir a imparcialidade daquele órgão julgador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23/07/2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23/07/2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.18.147064-2/005**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1360640395/inteiro-teor-1360640463>. Acesso 19/08/2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 95706**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169116/false>. Acesso em 19/08/2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.21.141510-4/001**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1312718167/inteiro-teor-1312718215>. Acesso 19/08/2022

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual – A formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do processo civil no estado democrático de direito**: Ensaios de uma Teoria Geral do Processo Civil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e certeza dos direitos fundamentais no processo constitucional democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Fabricio Veiga. **Imparcialidade do juízo e a consciência do julgador no ato de decidir. Senso Crítico**, n. 1, p. 41-65, 2016. Disponível em: https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:NFRWHFmNcwAJ:scholar.google.com/+imparcialidade+do+ju%C3%ADzo&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 15/09/2022.

CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa na processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – Primeiros Estudos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 14.ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VILAS BOAS NETO, Francisco José; MAIA, Tomiko Yoshimura Carvalho. **A fundamentação das decisões e o exercício efetivo do contraditório**. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados. 2019. Disponível em <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

DIGNIDADE PÓSTUMA: O DIREITO DA IDENTIDADE DE GÊNERO POST MORTEM E AS DIFICULDADES DA RETIFICAÇÃO CIVIL

Fabício Veiga Costa¹
Ana Clara Donate de Sousa Sant'Ana²
Letícia Gabriela Alves Silva³

RESUMO

Com a preocupação de que a comunidade trans não tenha seus devidos direitos realmente cumpridos em leis que não os assegurem de tais, este estudo buscou a compreensão de pessoas transexuais, travestis e de seus familiares que passaram pelo processo de retificação do nome para poder servir de auxílio para quem está no processo de mudança de nome ou que deseja passar por ele. É importante enfatizar que mesmo as leis tendo favorecido o processo ainda há um longo caminho para a equidade ser estabelecida e os direitos de pessoas trans serem preservados, em vida e após a morte. Em vista disso, deve-se apontar pessoas que obtiveram êxito em suas retificações e suas dificuldades enfrentadas, para que tais se tornem exemplo, e ainda, que os empecilhos enfrentados não sejam mais repetidos. Sendo assim, tornando cada vez mais simples para pessoas transgêneros a ressignificação de seus nomes. Uma questão a se pontuar são as leis, se elas serão cumpridas mesmo após a morte do indivíduo que estava durante o processo de mudança e que também não conseguiu fazer a tempo esse levantamento no cartório. Portanto, é de devida importância a conscientização dos fatos citados para uma sociedade mais justa e igualitária.

Palavras-chave: Dignidade Póstuma. Pessoas Transexuais. Retificação Civil

INTRODUÇÃO

O nome é muito mais que um mero objeto de identificação, mas sim, um direito fundamental da personalidade. Diante disso, vemos a importância da retificação civil para uma pessoa transexual, traz-se a dignidade de volta a esse ser que sempre teve sua voz calada e foi tido como à margem da sociedade durante toda a vida.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gérias, professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professor do curso de Direito da Universidade de Itaúna.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

Respeitar a identidade dessa pessoa, mesmo após a morte, significa estar dentro da lei no que tange o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 inciso III que diz respeito ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

Discute-se muito pouco sobre a retificação por entenderem de pouca importância. Contudo, o prenome é a primeira impressão que se tem ao conhecer uma pessoa. Para se ter igualdade de direitos, é importante assegurar a possibilidade de um nome que se adeque à identidade de gênero de todos. Ademais, garantir a retificação post mortem de uma pessoa transexual é validar a história de sua vida. A lei nº 6.804/21 visa exatamente isto, a dignidade póstuma de transexuais, travestis e pessoas trans no geral.

Trataremos adiante, um pouco mais sobre a dignidade póstuma à pessoas transexuais, as adversidades atravessadas antes de ser implantada no Brasil e histórias individuais que impulsionaram pesquisas - assim como esta - sobre o assunto.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A lei nº 6804, publicada em 28 de janeiro de 2021 e escrita pelo Deputado Fábio Félix, discursa a respeito do uso do nome social nas lápides e atestados de óbitos de homens transexuais, mulheres transexuais, travestis e pessoas trans no geral.

Promulgada no dia de sua publicação, tal lei objetiva a dignidade póstuma a pessoas trans que não tiveram oportunidade de retificar seus nomes em vida. Apesar de ainda estar longe de se alcançar a igualdade escrita na Constituição Federal de 1988, o Direito, à medida que o tempo passa, está buscando diminuir a distância social com novas leis que abordam a dignidade de pessoas que são tratadas como inferiores por não serem parte dos padrões implantados sistematicamente pelo antigo regime patriarcal.

Entretanto, a lei não assegura que de fato a identidade de gênero das pessoas transsexuais será respeitada em seu leito de morte. É notório o preconceito dentro das famílias, inúmeros jovens trans são expulsos de casa apenas por não ser o que se espera dentro da sociedade. A transfobia ainda é um tema muito pouco falado e até mesmo dentro da comunidade LGBTQIA+ existe o preconceito com pessoas transexuais, travestis e trans no geral. Por isso, é de suma importância que exponham tais assuntos e que leis sejam criadas, para que cada vez mais a voz dos transexuais seja ouvida, entendida e, principalmente, respeitada. Não basta

somente falar, tem-se que assegurar, com leis de sanções punitivas, o direito daqueles que estão à margem da sociedade.

Para mais, também se deve enfatizar a transfobia dentro dos lugares onde se deveria proteger pessoas que sofrem com esse preconceito, como na justiça. O Direito é uma ciência cultural, criada pelo homem. Logo, todo o preconceito enraizado na sociedade também é refletido em normas jurídicas. Por isso, é de extrema importância que se mude as leis e que novas sejam criadas - como a lei nº 6804 - a fim de garantir a igualdade entre todos.

METODOLOGIA

Foi utilizado o método de pesquisa qualitativo com a finalidade de analisar como o direito da ressignificação do nome de pessoas transexuais é organizado após a morte e suas vertentes, contando com entrevistas de pessoas da comunidade, familiares e também pesquisas direcionadas sobre o assunto para entender se há um padrão do porque existe tamanha dificuldade no cumprimento das leis que asseguram esses direitos.

Para isso, a pesquisa será baseada na vida de Demétrio, primeiro homem transexual a ter a retificação civil post mortem, que teve sua experiência contada por sua mãe - Ivoni; na experiência da família de Victoria Jugnet que teve que ser enterrada com o seu nome de batismo; Alana que teve seu direito violado ao ser enterrada como homem e de terno e Samantha que estava no processo de retificação civil, porém acabou falecendo e sua família deu continuação a essa mudança em sua certidão de óbito.

Entretanto, é importante salientar que as histórias relatadas mesmo que de diferentes situações e pontos de vista, retratam a mesma dificuldade de conseguir todos os documentos para a ressignificação do nome, pela burocratização para conseguir tais títulos que aprovem a mudança e seus direitos que mesmo após a morte podendo ter o pedido negado.

Além disso, as informações tiradas do livro *Entre Migalhas e Direitos: um estudo crítico do uso do nome social, da retificação do nome no registro civil por travestis, transexuais e suas fragilidades* de Fabrício Vijares, foi de extrema relevância para o aprofundamento no assunto nos direitos relacionados a pessoas transexuais e como tem um caráter significativo em nossa sociedade.

Dito isso, mostrar relatos de pessoas transexuais que conseguiram retificar seus nomes em vida é de extrema importância, para que se entenda as dificuldades enfrentadas por tais e a importância de políticas públicas que ajudem essas pessoas a terem sua identidade de gênero

validada. Portanto, nos próximos parágrafos, serão abordados os relatos de quatro mulheres transgêneros que conseguiram a retificação civil e as dificuldades enfrentadas.

(GABRIELA AUGUSTO)

Para uma pessoa transexual, abrir uma empresa com seu nome de registro, pode ser algo muito doloroso. Foi o que aconteceu com Gabriela Augusto, uma mulher transexual e empresária que teve que conviver com seu nome de registro masculino durante 29 anos. Gabriela conta que seu nome estava se tornando um problema cotidiano. A partir disso, no final de 2021, a empresária começou o processo de retificação civil e acabou enfrentando algumas situações constrangedoras como, ter que embarcar para conseguir os documentos para o processo civil com o passaporte tendo o nome de registro masculino, mas se apresentando psicossocialmente como mulher. Apesar das adversidades, Gabriela conseguiu retificar seu nome de forma fleumática, devido a equipe contratada por ela que a auxiliou no processo. Entretanto, é importante destacar que a maioria das pessoas transexuais não têm acesso a uma equipe para ajudar no processo de ressignificação do nome, tendo que passar pelo processo sozinhas, o que dificulta a ação.

(LAYRA RENATA)

Layra é uma mulher transexual que conseguiu a retificação civil em 2020, aos 20 anos. A jovem relata que aos 16 anos iniciou sua transição com total apoio de sua mãe, que foi essencial nessa nova fase de sua vida. Ainda disse que é de extrema importância o apoio do poder público, mas que nada substitui o apoio familiar. Entretanto, fora de casa ela ainda teve que enfrentar situações de transfobia como, uma empresa em que foi trabalhar que deu a ela um crachá com sua foto de aparência feminina, mas com seu antigo nome de registro masculino. Layra disse que não conseguira ficar no emprego, tendo pedido demissão no mesmo dia. Ademais, houve outra situação, agora na escola em que ela estuda, no qual uma de suas professoras se recusou a colocar seu nome social na chamada, mesmo sendo um dever da escola aceitar o nome social de todos transgêneros. Layra Renata é aracajuana e foi uma das 300 pessoas em Aracaju a ter o nome retificado graças a prefeitura, através da Secretaria Municipal da Assistência Social, que assegura todo suporte a esse público, podendo contar com a Assessoria LGBTQIA+ em todo processo.

(NEON CUNHA)

Neon Cunha é uma mulher preta transexual que teve seu nome retificado em 2016, sendo a primeira mulher trans brasileira a conseguir mudar seu nome sem a necessidade de um laudo médico. A publicitária teve que custear todo o processo, não tendo sido nada barato. Em seu relato, conta que teve uma vida marcada pela dor de ser uma mulher transgênero e, ainda, negra. Neon tem 52 anos, sendo considerada uma exceção, já que a expectativa de vida de uma pessoa trans é de, em média, 35 anos. Dito isso, ela ainda relata que vira inúmeras mortes de amigas trans, “Com 26 anos, eu não tinha mais uma amiga viva. Ou era HIV ou era bala ou tava com a garganta aberta.” ainda acrescenta, “Todas as mortes que eu assisti não tiveram nomes em lápides. Eu lembro os rostos, mas eu não sei se eu posso depositar flores.” É notório que até pouco tempo atrás, pessoas trans dispunham ainda mais de dificuldade em trocar seus nomes em vida, o que fazia com que em seus leitos de morte seus nomes de registro aos quais não se identificavam, estampasse suas lápides, sem lhes dar o direito a ter sua identidade de gênero respeitada. Diante disso, a Defensoria Pública Geral do Ceará (DPCE), realizou no dia 30 de junho desse mesmo ano, o mutirão *Transforma*, no qual retificou em um só dia, 172 documentos de pessoas transgêneros. Neon, participou ativamente do mutirão, dando aos seus semelhantes o que ela não conseguiu quando fez sua retificação, apoio.

(BIANCA MOURA)

Bianca Moura Souza demorou dois anos para conseguir sua retificação civil, tendo começado seu processo em 2009, e conseguido em 2011. A retificação só foi autorizada a ser feita em cartório a partir de 2018, tendo Bianca feito a sua por meio de processo judicial, na Defensoria Pública do Distrito Federal. Hoje com 53 anos, relata que apesar da demora, a mudança de seu nome foi um divisor de águas para sua vida. Diz ainda que antes não tinha estímulo para nada, mas que agora passou a ter um horizonte sem limites para ser feliz. Acrescenta ainda, que está muito feliz que outras pessoas transexuais não terão que passar por um processo judicial de dois anos - como ela - para conseguir a ressignificação do nome.

RESULTADOS

Assim sendo, os relatos citados acima são de pessoas que passaram pelo processo de retificação do nome e obtiveram sucesso. Para essa autenticação ser realizada muitos documentos e também ajuda é necessária para assim terem seus direitos reivindicados e cumpridos.

Não obstante, é observado que mesmo que nos quatro relatos a retificação civil tenha sido um sucesso, não é a realidade da maioria das pessoas transsexuais brasileiras. A intenção

era mostrar pontos de vistas diferentes de pessoas que, apesar das dificuldades, tiveram êxito na ressignificação de seus nomes, além de mostrar o que todas pessoas trans deveriam ter: suas histórias reconhecidas e representadas, algo que é comum e que todas pessoas cis já têm, o nome as representando.

Diante disso, usar a informação ao nosso favor, é de extrema importância na sociedade em que vivemos, pois é observado nos testemunhos acima e também nos relatos das famílias de pessoas transexuais que buscavam a retificação civil post mortem, que mesmo com toda a informação que a internet e o governo tem a oferecer, os documentos exigidos que também tinham valor monetário, era mais um empecilho para aqueles que buscavam a troca do nome. Com isso, a situação se agrava mais ainda nas favelas e periferias onde a informação não chega e o valor monetário se tornam problemas para aqueles que querem ser reconhecidos por quem são. O que torna de extrema importância as políticas públicas que forneçam ajuda a essas pessoas de baixa renda, para que cada vez mais, a dignidade de pessoas transexuais sejam reconhecidas.

DISCUSSÃO

A mudança de nome após os 18 anos permite independente do prazo a alteração do nome no Brasil, chamado juridicamente de prenome, a qualquer pessoa maior de idade no cartório, segundo o presidente da associação nacional dos registradores de pessoas naturais (Aspen), Gustavo Fiscarell. Porém, o processo é mais burocrático para pessoas trans, segundo a Associação Nacional de travestis e transexuais (Antra), há muitos relatos de pessoas trans que tiveram seus pedidos de retificação negado, além dos diversos documentos necessários para fazer a mudança.

Em um site de nome “*poupatrans*”, mostra-se de forma didática todos os passos para conseguir retificar o nome ainda em vida. Tais projetos como esse se mostram de grande importância para a democratização dessas informações de forma a fazer com que todas as pessoas transexuais, mesmo que mais ignorantes, consigam mudar seus nomes de acordo com a identidade de gênero que se identificam, além de ser um passo muito importante para tornar a sociedade um lugar de bom convívio para todos. Nesse site, é mostrado o passo a passo para conseguir a retificação civil que são divididos em, direitos pessoais, certidões eleitorais, certidões estaduais, certidões estaduais, certidões federais, outras certidões, certidões de protesto e “indo ao cartório”.

Ademais, o provimento 73/CNJ - um Recurso Extraordinário aprovado em 2018 - discursa a respeito da nova forma de retificação do nome de uma pessoa transgênero. Antes do recurso, a mudança do nome era feita por meio de requerimento em ação judicial, tendo que se submeter a diversas ações humilhantes e degradantes para consegui-la. Mas a partir de 2018, com a aprovação do provimento, o processo é feito através de registro civil, no qual a pessoa transexual vai ao cartório mais próximo e solicita a retificação civil, tendo conseguido todos os documentos necessários. Caberá, então, ao oficial de registro aceitar ou não. A análise é feita a partir da forma em que a pessoa se apresenta psicossocialmente, não importando seu gênero de nascimento e se já passou ou não pela cirurgia de redesignação sexual.

Adentrando no assunto podemos observar histórias e relatos de conhecidos e familiares de pessoas transexuais a respeito da dificuldade da ressignificação do nome, mesmo que já se tenha uma atualização nas leis para facilitar o processo, os documentos exigidos pelo estado juntamente com a aprovação do oficial de registro demandam tempo e são de difícil acesso. De acordo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), em torno de 65% de pessoas trans ainda não conseguiram a retificação do nome pela falta de acesso às informações do processo e dos custos para conseguir tais documentos.

Diante disso, alterar o nome post mortem acaba se tornando difícil para familiares das pessoas transexuais que se foram. Além de terem que lidar com a perda recente de um ente querido, ainda são obrigados a ver o nome no qual aquele ente não se identificava sendo escrito em sua certidão de óbito, jazigo e lápide de seu túmulo, sendo somente em 2021 aprovada a dignidade póstuma a pessoas transexuais. Ademais, existem também aqueles familiares que não concordavam com a identidade de gênero da pessoa trans em vida e que com certeza não vão procurar garantir a sua dignidade post mortem.

A seguir, podemos visualizar alguns exemplos reais do que foi escrito acima, as dificuldades que pessoas transexuais enfrentam dentro desse processo:

(DEMÉTRIO)

Demétrio era um jovem negro periférico que nasceu em Tamoios, distrito de Cabo Frio, na Região dos Lagos. Aos 19 anos, se mudou para São Paulo a fim de tentar a vida como modelo. Sua vida após a mudança não foi nada fácil, não conseguia trabalhos e vivia de bicos como barman em boates. Sofreu muita transfobia e racismo, chegando a passar por um episódio de violência física, tendo algumas costelas quebradas. Demétrio tinha diagnóstico de depressão

devido a tanta violência sofrida. Em 2020, com a vinda da pandemia e sem trabalho, voltou para a casa de sua mãe. E em 28 de junho do mesmo ano, acabou tirando sua própria vida.

A mãe de Demétrio - Ivoni Campos - começou a agir ativamente em causas antirracistas e LGBTQIA+, após sua morte. E, exatamente dois anos após seu falecimento, em 28 de junho de 2022 conseguiu a retificação civil de Demétrio Campos em um mutirão de requalificação civil realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Ele foi a segunda pessoa trans e o primeiro homem transexual a ter a retificação civil post mortem.

Ivone, nas redes sociais, disse que o sonho de seu filho era retificar o nome e fazer mastectomia. Disse ainda que a retificação ainda é muito burocrática em inúmeros estados do país e que esperava um projeto com tal temática nos próximos governos, o que se faz de extrema importância, já que, somente em 2022, tivemos o primeiro homem transexual a ter sua dignidade póstuma.

Infelizmente, a história de vida de Demétrio é somente mais uma em inúmeras, marcadas pela transfobia e racismo. Por isso é indispensável a conscientização de todos, para que se consiga a igualdade de direitos prescrita na Constituição Federal.

(VICTORIA JUGNET)

É também observado o problema da efetivação em outras regiões do país, constatado por meio dos empecilhos impostos pelo formalismo burocrático institucional, onde o direito de pessoas transexuais não é realizado. Emerge destas dificuldades os princípios básicos do direito para as pessoas trans de terem seu nome representando quem são, sua história e também sua personalidade. Com isso, é possível observar esse acontecimento na história de Victória Jugnet Grossi, uma jovem que faleceu aos 18 anos no Distrito Federal.

A família da jovem foi impedida de enterrá-la com o nome social, pois ainda não havia sido retificado no cartório. A mãe da jovem - Alessandra Jugnet - conta que sua filha tinha pretensões de fazer a mudança do nome no cartório, com o progresso do tratamento hormonal. Tudo já estava se encaminhando, porém não houve tempo de fazer a mudança antes de seu falecimento.

Alessandra conta que lutou na justiça por sua filha, requerendo esse direito por ela e também por outros trans que não irão conseguir fazer a mudança de nome a tempo, pois dizia que a mudança de nome no cartório de Victória era uma forma de dar paz a jovem após a morte, honrando sua história. Contudo, não houve sucesso pois os desembargadores que analisaram o

caso disseram que deve constar o nome e gênero de registro, é possível notar a citação do Supremo Tribunal de Justiça (STF).

Os desembargadores que analisaram o caso negaram o pedido da família. Ao invés disso, decidiram que o documento que atesta a morte de Victória deve constar o nome e o gênero de registro, não tendo autorizado a retificação post mortem.

(SAMANTHA)

Em face do cenário atual, é nítido observar que a maioria dos transeuneros que buscam a retificação de seus nomes em vida sem êxito, também não conseguem esse direito após seu falecimento. Entretanto, houve um caso atípico em meio a negações.

Em maio de 2022, houve uma decisão inédita pelo juiz estadual Andre de Souza Brito que garantiu o reconhecimento de identidade de gênero de Samantha, uma jovem mulher transexual. Ainda mais, essa decisão foi tomada no projeto Justiça Itinerante Maré do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Anteriormente, Samantha havia iniciado o processo de mudança de nome, contudo antes de conseguir finalizar, ela faleceu. Com isso, a mãe e os familiares de Samantha levaram adiante esse pedido de alteração do nome para a certidão de óbito da jovem. Embora esteja de acordo com a lei essas diretrizes, não é comum ver a retificação do nome post mortem de pessoas transexuais.

Dessa forma, há uma luz no fim do túnel para os indivíduos da comunidade que lutam por seus direitos em vida e também que esperam uma representação correta de quem são após a morte. Porém essa é apenas a exceção no meio de muitas pessoas trans que têm seu direito negado de mudarem o nome para o qual se identificam. A extrema burocracia por trás dos documentos e também a falta de acesso principalmente para pessoas marginalizadas em situação de rua, faz com que muitos transexuais não consigam a ressignificação de seus nomes.

Logo, a implantação de mais leis que beneficiem a dignidade póstuma para pessoas transgêneras é essencial para a preservação da vida, das memórias e da história das pessoas que se foram.

(ALANA)

Certamente uma história que chocou, principalmente, a comunidade LGBTQIA+, foi a de Alana Azevedo que faleceu em 2021. Alana foi enterrada pela família de terno e

cavanhaque, os registros que provam o enterro foram tirados por amigos de Alana que estavam no velório que ocorreu na casa da tia consanguínea da falecida.

Após a circulação dessas fotos nas redes sociais foi feita uma denúncia pela vereadora trans - Linda Brasil - que também é de Aracaju. Sabendo dos relatos, a vereadora logo se pronunciou em uma publicação do Instagram revelando que achou um desrespeito com Alana e também um crime de transfobia feito pela família que não respeitou a essência da falecida. Na publicação também foi citado o artigo 3º da Constituição do Estado de Sergipe, que garante total proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.

A vereadora protocolou em 2021 um projeto na Câmara de Aracaju nos moldes de uma lei aprovada no Distrito Federal, que estabelece o respeito a identidade de gênero durante as cerimônias de velório, sepultamento ou cremação, prevendo que sejam resguardadas e respeitadas a aparência e também as vestimentas de pessoas trans enquanto estavam vivas.

É notório atentar que mesmo após a morte pessoas trans não têm seus direitos zelados e respeitados, até por aqueles que deveriam lutar por tais, no caso, seus familiares. Portanto, a luta por esses direitos continua mesmo após a morte, fazendo assim, a diferença no meio e podendo contribuir para que outros indivíduos na mesma situação não passem pelo desacato de sua história, nome e de seu corpo.

Nas histórias relatadas é possível observar uma semelhança aterradora, a transfobia. Dentro de casa, nas ruas ou até mesmo na justiça, é nítido o preconceito enraizado no seio da sociedade no geral. Diante disso, deve-se conscientizar a todos a respeito, de modo a fazer com que cada vez seja menor a transfobia em todos os locais, com o intuito de gerar uma sociedade que seja de bom convívio para todos.

LIVRO: ENTRE MIGALHAS E DIREITOS

Segundo o livro *Entre Migalhas e Direitos: Um Estudo Crítico do uso do Nome Social, da Retificação do Nome no Registro Civil por Travestis e Transexuais e Suas Fragilidades*, de Fabrício Vijares, discute sobre a importância do nome para o cidadão e como isso vem de uma construção da população, que o nome não é apenas um instrumento da sociedade, como também o reconhecimento do tal, ter essa liberdade acerca de seu nome é um dos principais representantes de caráter do indivíduo.

No entanto, para alguns ter esse reconhecimento demanda muito mais do que apenas querer, para a comunidade trans, essa é uma luta diária, como mencionado na obra, os direitos legitimados disponíveis para essa comunidade vão apenas a singelas migalhas que a muito para se construir na sociedade atual, com a implantação de mais leis que tenham uma visualização real do direitos de pessoas transexuais e travestis.

Pode-se afirmar, que com base no Direito, é visto a personalidade como tendo início na vida, até a morte, porém esse debate vai muito além no que se refere ao direito da personalidade no princípio da dignidade humana e ao princípio da isonomia, pois é o direito do nome que define quem o indivíduo é e, conseqüentemente, sua personalidade é algo que deve ser respeitado e representado por seu nome. Contudo, essa realidade não condiz com a comunidade trans que passa pelo processo democratizado podendo ter seu direito negado.

Por todos esses aspectos, o autor observa que se faz necessário a criação de uma política de educação para a diversidade que reconheça de forma efetiva a utilização do nome pelo qual pessoas transexuais e travestis se reconhecem e desejam ser reconhecidos pelo o que são. Com essa análise pode-se constatar que esse direito não há importância apenas em vida, mas após a morte também.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se desenvolveu na intenção de mostrar as dificuldades da retificação civil das pessoas transexuais, fazendo com que seja necessário a implantação da dignidade póstuma para tal. Buscou também mostrar a importância de políticas públicas - como os mutirões relatados - para que o direito de ressignificação do nome seja garantido ainda em vida.

Dessa maneira, foi mostrado na fundamentação teórica a lei que aprova a dignidade póstuma a homens transexuais, mulheres transexuais, travestis e pessoas trans no geral. Esta lei é de extrema importância para que os transgêneros sejam vistos como sujeitos de direito pela sociedade, apesar de não garantir de fato o respeito a eles.

Em vista dos argumentos mencionados, apenas as leis atuais não são suficientes para saciar os problemas relacionados a retificação do nome trans post mortem, devido a 90% da comunidade trans usar a prostituição como fonte de renda, segundo o site Edição do Brasil em 2021, acabam estando em uma zona de risco que as leis que os beneficiam são ocultas, pela falta de informação e documentos que necessitam tempo e um valor monetário, assim, não abrangendo todas as classes sociais, é observado que essa política pública se encaixa quando

mulheres e homens trans morrem nas periferias e não é feita uma investigação a respeito de seu nome a qual se identificam, e que a retificação na certidão de óbito em muitos casos, ainda assim, é negada.

Ademais, é notório nos relatos descritos no artigo que de algum forma, todos tiveram ajuda de terceiros para concluir a retificação civil - seja algum parente, amigo ou até mesmo o Estado - principalmente no que tange a retificação póstuma. Conclui-se então, que todas as pessoas transexuais devem ter uma rede de apoio para que se possa garantir, de fato, a igualdade de direito com as demais pessoas que se encontram dentro da sociedade brasileira. Cabe ao Estado dar esse apoio aos que não dispõe dele em sua rede familiar, criando mais leis e realizando programas públicos de ajuda às pessoas trans no geral.

REFERÊNCIAS

BUSINARI, Maurício. Velório de mulher trans com gravata e cavanhaque gera revolta em Sergipe. **UNIVERSAuol**, 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/14/mulher-trans-e-enterrada-de-terno-e-cavanhaque-pela-familia-em-aracaju.htm>> Acesso em: 14 de out. 2021.

BENEVIDES, Bruna. SOARES, Inês Virgínia P. DANDARA, Victória. Dignidade póstuma para pessoas trans. **ConJur**, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-28/opinio-dignidade-postuma-pessoas-trans2>> Acesso em: 28 de jun. 2022.

“EU achei que esse dia nunca ia chegar. Chegou”. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**, 2022. Disponível em: <<https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/eu-achei-que-esse-dia-nunca-ia-chegar-chegou/>> Acesso em: 1 de jul. 2022.

BRASIL. Lei n.º 6804, de 28 de janeiro de 2021, Dispõe sobre o respeito ao uso do nome social nas lápides e nos atestados de óbito de travestis, mulheres transexuais, homens transexuais e demais pessoas trans e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, v. 132, n. 61, 28 jan. 2021. Seção 1, pt. 1.

VILAJES, Fabrício. Entre migalhas e direitos: estudo crítico do uso do nome social, da retificação do nome no registro e suas fragilidades. Disponível em: <<https://anaiscongressodivsex.files.wordpress.com/2015/03/52-fabricio-vijales.pdf>> mar. 2015.

MANSUR, Ana Isabel. Pessoas trans ainda enfrentam batalha para retificar o nome. **Correio Braziliense**. 2022. Disponível em: <<https://www.correio braziliense.com.br/cidades-df/2022/07/5022844-pessoas-trans-ainda-enfrentam-batalha-para-retificar-o-nome.html>> Acesso em: 20 de jul. 2022.

O DIREITO ao próprio nome. **Poupatrans**. 2019. Disponível em: <<https://www.poupatrans.org.br/>> mai. 2019.

90% da população trans no Brasil tem prostituição como fonte de renda. **Edição do Brasil**. 2021. Disponível em: <<https://edicaodobrasil.com.br/2021/05/28/90-da-populacao-trans-no-brasil-tem-prostituicao-como-fonte-de-renda/>> Acesso em: 28 de maio. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página. 1

PROGRAMAS de Justiça Itinerante na Fiocruz entregou terceira sentença pós-morte do Brasil no mês passado. **Fiocruz**. 2022. Disponível em: <[MARQUES, Marília. Justiça do DF impede família de enterrar jovem trans com nome social. **g1**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/09/02/justica-do-df-impede-familia-de-enterrar-jovem-trans-com-nome-social.ghtml>> Acesso em: 02 de set. 2019.](https://portal.fiocruz.br/noticia/programa-justica-itinerante-na-fiocruz-entregou-terceira-sentenca-pos-morte-do-brasil-no-mes#:~:text=Em%2017%20de%20maio%20de,mataram%20Maria%20e%20enterraram%20Jo%C3%A3o.>https://portal.fiocruz.br/noticia/programa-justica-itinerante-na-fiocruz-entregou-terceira-sentenca-pos-morte-do-brasil-no-mes#:~:text=Em%2017%20de%20maio%20de,mataram%20Maria%20e%20enterraram%20Jo%C3%A3o.>> Acesso em: 12 de jul. 2022.</p></div><div data-bbox=)

PESSOAS trans têm dignidade reconhecida com retificação de nome e gênero. **F5news**. 2022. Disponível em: <<https://www.f5news.com.br/cotidiano/pessoas-trans-tem-dignidade-reconhecida-com-retificacao-de-nome-e-genero.html>> Acesso em: 21 de abril. 2022.

NOME Morto: os desafios da retificação de documentos de pessoas trans. **ANOREG/BR**. 2022. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/nome-morto-os-desafios-da-retificacao-de-documentos-de-pessoas-trans/>> Acesso em: 2022.

O MOVIMENTO ILUMINISTA: UMA ANÁLISE SOBRE A ESSÊNCIA DO DIREITO NOS AUTORES ILUMINISTAS

THE ENLIGHTENMENT MOVEMENT: AN ANALYSIS OF THE ESSENCE OF LAW IN ENLIGHTENMENT AUTHORS

Lúcio Aparecido Moreira¹
Talisson Silva Reis²

Resumo: Esse trabalho tem como intuito investigar os efeitos causados pelo fenômeno iluminista nas obras de cunho político e jurídico do séc. XVIII. O iluminismo foi um movimento cultural que surgiu no século XVIII, em que rompia com um sistema metafísico muito adotado na Idade Média e passa a buscar os princípios para a constituição das ciências na razão, ela é o instrumento necessário no novo método investigativo, que tem como ponto de partida a observação dos fenômenos sensíveis e sua decomposição no estudo racional das formas, com a utilização de um processo científico rigoroso.

Palavras-chave: Jurídico. Iluminismo. Razão.

Abstract: This work aims to investigate the effects caused by the Enlightenment phenomenon in the political and legal works of the 18th century. XVIII. The Enlightenment was a cultural movement that emerged in the 18th century, in which it broke with a metaphysical system widely adopted in the Middle Ages and began to seek the principles for the constitution of sciences in reason, it is the necessary instrument in the new investigative method, which has as a starting point the observation of sensitive phenomena and their decomposition in the rational study of forms, using a rigorous scientific process.

Keywords: Legal. Enlightenment. Reason.

INTRODUÇÃO

O iluminismo um movimento cultural localizado no séc. XVIII com alguns resquícios preliminares no séc. XVII. Esse fenômeno se espalhou por vários países da Europa, como Itália, Inglaterra e Alemanha, produzindo uma incontável de pensadores adeptos a uma nova visão de mundo.

Ao nos debruçarmos diante as obras seletas de cada autor juntamente com a leitura de importantes nomes da historiografia mundial, notamos que essa aglutinação de reflexões

¹ Doutor em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais, professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e professor da Universidade de Itaúna.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

reivindicava um novo modelo para as áreas do conhecimento, como a filosofia, ciência política, economia e até mesmo para as práticas religiosas.

Com todas as transformações que ocorridas nos anos anteriores, como fora com a Reforma Religiosa (XVI), a modificação do teocentrismo para o heliocentrismo engendrado por Nicolau Copérnico (XVI) e com uma moderna perspectiva sobre a estrutura universal assentada em princípios matemáticos, totalmente verificável graças a um método experimental, reproduzida por homens como Isaac Newton, Galileu Galilei, Johannes Kepler e com René Descartes; apontava agora para outras direções que fugiam essencialmente de paradigmas ligados a referências metafísicas e teológicas.

A questão a ser colocada passa é a seguinte com a razão se tornando o centro da realidade sensível, quais os efeitos gerados nos inúmeros ramos do saber? O que os autores iluministas pensavam sobre pensavam sobre o direito?

A partir disso procura-se analisar como se deu a formação do pensamento jurídico do séc. XVIII, e toda a influência que sofreu do fenômeno iluminista, defendido por pensadores como Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Denis Diderot e outros tantos.

O seguinte trabalho propõe-se: a mostrar como o sistema de ideias concebido no denominado “século das luzes” se manifestou nos diferentes ramos da educação, com ênfase na ciência jurídica.

O peso do movimento fora tamanho que não se conteve apenas a um país mas se espalhou pelos principais polos acadêmicos daquela época, isso nos ajuda a compreender como as reflexões, textos e experiências contribuíram para a formação do pensamento jurídico moderno.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MOVIMENTO ILUMINISTA

O iluminismo foi um movimento filosófico que eclodiu em meados do séc. XVIII. Esse amalgama de reflexões foi marcado por profundas mudanças de anos anteriores, como a Renascença no séc. XV, a Reforma Religiosa no séc. XVI e de todos os paradigmas cartesianos construídos no séc. XVII. O curso dessas razões muito bem articuladas por pensadores da época expandiu em progressão geométrica por diversos países europeus, como a Inglaterra, França, Itália e Alemanha, sendo possível verificar sua influência no continente asiático, em particular nas discussões dos filósofos Denis Fonvizin, Alexander Radishchev e Andrey Bolotov. Antes de pincelarmos a atuação desse fenômeno em alguns territórios, dever-se-á perguntar; mas o

que engendra a essência do pensamento iluminista? O prof. Giovanni Reale juntamente com o prof. Dario Antiseri nos concede uma elucubração valiosa, vejamos:

“Enxertando-se em tradições diferentes, o iluminismo se configura não como compacto sistema de doutrinas, e sim como movimento em cuja base está a confiança na razão humana, cujo desenvolvimento coincide com o progresso da humanidade, a libertação dos laços cegos e absurdos da tradição, dos cepos da ignorância, da superstição, do mito, da opressão.” (REALE; ANTISERI, 2017, p.588)

A Idade Média fora marcada pelo pensamento filosófico-religioso de pensadores como Aristóteles e São Tomás de Aquino constituíam a base sólida para a noção de mundo daquele ciclo, a filosofia do ser elaborada pelo estagirita tem sua concepção em Platão e refinamento conceitual e terminológico em Aquino, a igreja exerce enorme influência nas artes, na literatura, nas universidades e principalmente no conhecimento substancial da sociedade, grandes homens como Dante Alighieri, São Alberto Magno, São Boaventura entre tantos quantos corroboram na elaboração da mentalidade cristã medieval que detinha como alicerce um conjunto de doutrinas, reflexões, práticas de cunho essencialmente transcendental, evidentemente não atribuindo a incognoscibilidade das essências dos objetos por uma justificativa de separação da essência e existência como discerne a filosofia platônica, mas voltada a princípios universais, metafísicos, que ultrapassam a esfera da *physis*; haveria assim um primeiro motor, o ato puro e a humanidade deveria direcionar seus atos físicos e imateriais a divindade, não em sentido reducionista ou fetichista, mas se é constatável a existência de princípios que transpõe a esfera do sensível, esses deveriam ser visados. Diferente do pelagianismo o homem é visto como um ser inclinado ao mal, contudo não se resume apenas a isso, ele é dotado de potencialidades racionais incomparáveis a qualquer outro ente no mundo, mas essa mesma razão é deficitária, limitável em determinados pontos simultaneamente com um corpo passível a ação do tempo, frágil e esse decaimento da natureza humana que gera a inconfiabilidade na razão da criatura, que para superar esse estado de miséria não deve procurar a resposta em si mesmo, mas sim, naquilo que supera o perceptível pelos sentidos. Esse breve deslinde colabora na compreensão da reviravolta que ocorreu no século XVIII, que se torna o pensamento hegemônico na Europa; a razão passa a ser exaltada como instrumento de transformação a níveis mundiais, graças a ela alcançamos todas as verdades eternas, necessárias à qual a mente transita por aquilo que é acessível pelos sentidos até ao suprasensível, conseguindo abarcar e esmiuçar a totalidade do ser por meio da dúvida. O bloco de conhecimento e a técnica filosófica são alterados para o crivo crítico, tudo pode ser indagado pela razão, e essa mesma razão tem como cerne a razão de Newton e John Locke, não existe verdade revelada, revelação religiosa, a experiência traça

os contornos do entendimento e através dessa sapiência os homens alcançam o progresso intelectual. A física Newtoniana passa a ser o método utilizado, essa alcança o cume dos axiomas universais valendo-se da análise, diferentemente de David Hume que estabelece um abismo colossal entre a matéria dos simples fatos e a realidade das ideais, Newton e seus sucessores negam essa dicotomia do saber, a ordem das coisas, o encadeamento, a estruturação dos fenômenos é auferida graças aos fatos, a lógica que corresponde fidedignamente a essa nova teoria do conhecimento, não é a lógica escolástica ou até mesmo uma lógica estritamente ligada a matematização dos eventos, sobretudo ela é uma lógica dos fatos, as descobertas feita por Kepler, Galileu Galilei, e a gravitação universal por Sir. Isaac Newton não são conjunturas dadas ao acaso, mas acontecimentos que passam por um método rigoroso até culminar na descoberta, o pensamento não vai diretamente nos dogmas, nos universais para que a posteriori encontre um sustentáculo que o conceda validade, o processo deve ser inverso, o exame deve partir dos elementos factuais até atingir o apogeu da tautologia em sentido lógico, essa ordem interfere de maneira pujante as reflexões iluministas; é o que nos mostra o filósofo alemão Ernst Cassirer:

“O newtonismo não pressupõe, como objeto e condição inviolável da investigação, senão a ordem e a legalidade perfeita da realidade empírica. Entretanto, essa legalidade significa que os fatos como tais, não são um material simples, uma incoerente massa de detalhes, mas que se pode demonstrar, nos fatos e pelos fatos a existência de uma forma que os penetra e os une. Essa forma apresenta-se como matematicamente determinada, estruturada e articulada segundo número e medida.” (Cassirer, 1992, p. 25-26)

Isso se reflete de modo exponencial em diversas áreas do saber, na ciência econômica temos os fisiocratas, como François Quesnay, Dupont de Nemourse e Anne Robert Jacques Turgot que discorrem sobre a ordem natural, uma tese para ir contra a ordem artificial, aquela constituída pelo homem, que surtiu fortes efeitos nas reflexões de Diderot e Voltaire; sendo que essa austeridade natural comporta leis imutáveis e universais, princípios éticos e jurídicos que regulam a vida humana em todo os seus liames. O sujeito é capaz de perceber essa ordem por meio da evidência, já que ela influi diretamente na economia rural, a única capaz de sustentar o homem mediante o produto líquido, tal visão orbita a fórmula liberal do “deixar fazer, deixai passar”. Nos aspectos teóricos literários denota uma visão revolucionária como que inspirada pela revolução copernicana que lança ao mundo acadêmico um novo sistema planetário, esse fenômeno assume a titulação de “Pré-Romantismo”, seria o conjunto do movimentos românticos na Europa do século XVIII, na chamada França de Rousseau, assim discorre o historiador literário, Otto Maria Carpeaux:

“O Pré-Romantismo é um fenômeno muito bem definido: uma nova sensibilidade poética, mais íntima da natureza, inclinações religiosas e místicas, sentimentalismo, revolta contra as convenções estéticas do Classicismo, gosto pela poesia popular e primitiva – enfim, uma mentalidade que oscila entre tristeza melancólica e protesto revolucionário.” (Carpeaux, 2012, p.203)

Nessa nova sociedade os escritores são libertos das amarras e grilhões Classicistas, a literatura está livre dessas cadeias estéticas, a poesia avoca um caráter taciturno, como ocorre por exemplo com William Cowper que introduz em seus poemas o elemento da angústia religiosa, essa transição do otimismo racionalista para o pessimismo se deve graças a atitude revolucionária, que não seria possível sem as influências rousserianas decorrentes da França, enquanto que na Enciclopédia de Diderot a finalidade seria unificar as ciências fragmentadas espalhas sobre a terra, ela resgata todo aquele conhecimento de eras passadas com o intuito de transmiti-lo para as gerações futuras distinguindo assim cada ramo do conhecimento, ela se atenta justamente aos fatos, engrandece as artes mecânicas dos artesãos e valoriza os gênios do saber iluminista, com o fito de romper com o absolutismo político e eclesiástico. Nas artes, especialmente a pintura do séc. XVIII é marcado pelo estilo decorativo chamado Rococó, o movimento originário da França foi marcado primordial por três artistas: Jean-Antoine Watteau, François Boucher e Jean-Honoré Fragonard, suas obras são imbuídas de um simbolismo voltado para o amor, prazeres, erotismo, caprichos sociais, efeitos teatrais e de temas recorrentes; os personagens geralmente são representados de modo excêntrico, com uma vestimenta exagerada ou em acontecimentos que tangenciam a fantasia. A estética artística foi veemente contestada, filósofos como David Hume contribuíram para colocar entre parênteses a noção de beleza, como esse discorre em seu livro, “ensaios morais, políticos e literários”, a beleza não seria uma qualidade intrínseca as coisas, essa passa a ter valor apenas quando o espírito a contempla e como constatamos a existência de “n” espíritos, cada um percebe uma beleza distinta, onde um enxerga desordem outro aprecia a harmonia, isso também sucede com os órgãos corporais, o mesmo objeto pode ser doce e amargo, assim a composição artística não passa de experiência, ela não é algo dado a priori, a definição de beleza se limita ao subjetivismo já que sua definição necessariamente depende do estado de espírito e quanto mais perceptível esse for, mais inclinado será a notar a delicadeza da arte, decorre como que uma espécie de refinamento do paladar, um aperfeiçoamento do gosto mental que torna o ser humano mais nobre. A cogitação proposta por Hume desfaz a necessidade de estabelecer regras para a arte, a sensação de beleza depende de inúmeros fatores, como educação, espaço, contexto, que iram determinar o belo conforme sua vivência não mediante a designação de Deus dos conceitos a priori sobre

a beleza e a feiura. Todo esse ceticismo e empirismo radical conduziu as discussões nos meios artísticos que contaminados por essas observações decidem colocar em xeque todos os cânones clássicos, o escritor Stephen Farthing expõe esse cenário:

“O estilo rococó era uma evolução e também uma reação ao barroco. Seus artistas trabalhavam para o mesmo tipo de patronos e abordavam temas semelhantes, mas rejeitavam a pompa excessiva e a grandiosidade relacionadas ao barroco.” (FARTHING, 2011, p.250)

A religião iluminista é o deísmo, o escopo de atuação desses autores enxerga os sistemas metafísicos como superstições, mitos que compõe as doutrinas religiosas, sem dúvida esse movimento contribuiu expressivamente para a secularização do pensamento, esse deísmo é a religião racional, perfeitamente adequada aos moldes da razão lockeana, eles admitem a existência de Deus, e do caráter criador e de regência do mundo, os economistas fisiocratas propuseram Deus como ser necessário a sustentar essa ordem natural, autores como John Toland, Matthew Tindal admitem o governo da moral por Deus. Mas os dogmas, a historiografia religiosa, a revelação, os mistérios da fé são completamente negados, Voltaire reflete muito bem essa análise, a religião para ele nada mais é que todos os princípios morais aplicáveis ao gênero humano, aquilo que a razão não pode alcançar não passa de medo, crer no supremo não é objeto da fé, mas sim da razão; com esse arranjo é possível concluir que François Marie Arouet não crê por exemplo na transubstanciação da eucaristia cristã pois seria impossível atingir a total apreensão desse fenômeno apenas se valendo da razão, exatamente por isso é classificado como um mistério da fé; Immanuel Kant bebeu dessa mesma fonte, em seu livro “A religião nos limites da simples razão” ele salienta a dificuldade que o homem tem para aderir a uma fé racional, e que em consequência disso passa a crer em procedimentos diversos ao método racional, a única solução para tal problemática seria valer-se da razão como ferramenta para traçar esses limites, argumento congruente com a linha de negação dos dogmas por Voltaire, esvaziar a religião católica de seus dogmas é como que negar sua existência no estado mais íntimo da coisa, pois do catecúmeno ao vigário de Cristo, todos aceitam os dogmas como elemento essencial da vida cristã, sem eles o catolicismo é reduzido a hábitos cotidianos impostos aos fiéis. Em Diderot, Deus se submete a natureza, ela detém a atividade de suplantação da divindade, a conduta do homem deve ser a rejeição de todos os deuses juntamente com as práticas religiosas, isso a fim de servir apenas os direitos da natureza, essa proposta se assemelha um pouco a ontologia de Hugo Grotius que manifesta a impossibilidade do Divino alterar o direito natural sem se contradizer. Percorremos alguns ramos do conhecimento a fim de expor ao leitor como esse fenômeno interferiu de modo retilíneo na

forma como os homens pensavam, é necessário compreender o contexto histórico simultaneamente com as manifestações que a ideia obteve em determinados grupos, caso este nos economistas, pintores e intelectuais do séc. XVIII. Antes de analisarmos o desenvolvimento da ciência jurídica nesse período, será pertinente esboçarmos com qual fisionomia o iluminismo aparece em outros países além da França. Na Inglaterra, Anthony Ashley Cooper, conde de Shaftesbury, nascido em Londres, vive em uma atmosfera permeada por conflitos religiosos de ação violenta, o que quase sempre acarretava perseguições e lutas entre os fiéis. O conde defendia uma religião reduzida a moral, evidenciando em muitos dos seus escritos a não dependência da virtude a religião, uma vez que era impensável um ateu regido de austeridade ou de qualidades típicas de um cidadão íntegro; em sua “Carta sobre o entusiasmo”, Cooler rejeita qualquer espécie de superstição e misticismo, atacando com tom satírico e irônico o fanatismo do seu tempo, colocando toda a estrutura da opinião comum sob dúvida; aprofundando na sua tese observamos que o autor descreve a moral como fundamentalmente autônoma, haveria um sentido inato ao homem de cunho essencialmente moral, assim os seres humanos sempre estariam impelidos a adotar uma postura simpatizante com seu semelhante, essa proposição é declaradamente conflituosa com a ideia Hobbesiana do homem egoísta por natureza. Outro expoente do iluminismo inglês, foi o britânico David Hartley, fundador do associacionismo psicológico, teoria destinada a entender o processo de formação das ideias por um processo de associação; exercia a profissão de médico mas a leitura dos escritos de Newton e Locke passou a ser fortemente atraído pela filosofia, destinando reflexões voltadas a negação de ideias inatas e uma sobrepujança pela materialidade da realidade circunscrita no mundo sensível, aspirando unir o aspecto teleológico com uma concepção mecanicista e materialista do globo e da mente humana, partindo sempre das ideias mais simples em direção a imensa variedade de ideias mais complexas. Na Itália constatamos 3 períodos diferentes, o “preiluminismo italiano”, marcado pelo anticurialismo de Pietro Giannone que tem como tema central o embate entre igreja e Estado, sua principal intenção é libertar o Estado do perfil ineficiente da igreja católica, que assume uma postura humilde e de abominação das coisas terrenas mas na verdade cresce sobre uma série de abusos, fraudes, mitos e lendas; como solução para corrupção estatal pelo poder papal, Giannone propõe que a razão deve iluminar os fatos históricos com o propósito de extirpar todos os males, contudo, no percurso dessa ação certas máculas são de difícil eliminação, será preciso então para concretizar o projeto a completa supressão do papado e destituir o clero de qualquer forma de poder até que seja submisso ao Estado. Na segunda fase, o chamado “Iluminismo Lombardo” desabrochou na região da Lombardia por volta da segunda metade do séc. XVIII, a localidade carregou em seu ventre a

Società dei Pugni, uma proposta inovadora criada por Pierre Verri, com um projeto de discutir sobre política, ética, direito, filosofia com outros pensadores, como Alessadro Verri e Cesar Beccaria. O conteúdo dos artigos alimenta temas sobre a dor como a única ação capaz de mover os atos humanos, críticas sobre a pureza linguística e o triunfo das liberdades civis graças a razão. Por fim, ainda na segunda metade do séc. XVIII visualizamos o “Iluminismo Napolitano” florescente na Universidade de Nápoles, a figura mais proeminente desse período foi o escritor Antonio Genovesi, aluno de Giambattista Vico. Seu pensamento como de todos aqueles inseridos no iluminismo italiano, tem como preceito basilar a filosofia Galileana, Newtoniana e Lockeana, sobretudo Genovesi que compõe como substrato de seus trabalhos as demonstrações experimentais de Newton e as hipóteses vagas de Descartes, para o pensador é inútil aos homens a incessante busca por aquilo que transcende o mundo sensível, assume uma postura sarcástica contra os metafísicos e dialéticos que dirigem suas investigações sobre temas como a substância ou essência. Para amarrar bem essa questão geoespacial, encerramos a análise territorial em solo tedesco; o iluminismo alemão foi vigorosamente inspirado pelo inglês e francês em particular na forma lógica como os temas são especulados, todavia apesar de seu eixo ser composto por esta técnica, o germânico é dotado de uma particularidade diferente dos demais, a postulação e determinação dos princípios é mais sofisticada, a razão não é elevada a um nível que cruza a linha do possível tomando o lugar destinado ao todo, mas sim uma atitude de indagar de maneira mais sistemática com o objetivo de construir um caminho mais seguro para a ciência, o primeiro a elaborar essa fórmula é o filósofo Christian Wolff, é o que nos diz o professor Nicola Abbagnano:

“O ideal de uma razão que tem o direito de atacar, com as suas dúvidas e os seus problemas, o mundo inteiro da realidade, é transformado pelo iluminismo alemão num método de análise racional, a um tempo cauteloso e decidido, que avança demonstrando a legitimidade de cada passo e a possibilidade intrínseca dos conceitos de que se serve, o seu fundamento [...]. É este o método da fundamentação que devia ser característico da filosofia alemã posterior e que alcançou o seu grande triunfo na obra de Kant. O fundador deste método foi Wolff que, sob este aspecto, é o máximo representante do Iluminismo alemão.” (ABBAGNANO, 1970, p.25)

Os antecedentes que contribuíram na formação desse fenômeno foram autores como Gottfried Wilhelm Leibniz que direcionou um esforço colossal na tentativa de trazer à tona a filosofia antiga sob a luminescência dos modernos, uma nova roupagem para as formas substanciais pretendendo explica-las com o uso de fenômenos particulares da física, além de produzir considerações notáveis sobre o cálculo diferencial integral. Observa-se também a atuação das obras do Barão d’ Holbach, para ele entre a natureza física e espiritual não

comportam qualquer espécie de diferença, o homem é um ser puramente físico, aquilo que Aristóteles determina como a forma do corpo não é senão uma extensão da parte material humana e sendo esse o agente de todas as causas físicas é mediante a experiência que ele deve compreender os demais campos do conhecimento. O conteúdo desses literatos aliado ao espírito revolucionário da época obteve como resultado, homens como Samuel Pufendorf que era convicto acerca das condições de possibilidade as quais permitiriam a construção de uma nova ciência do direito que contenha o mesmo rigor das ciências físicas, essa abstração influi diretamente na visão de direito natural sob a óptica racional e não aquela fundada puramente na religião possuidora de uma variação de local para local; e Christian Thomasius que segue essa mesma linha de raciocínio traduzindo de seu ínfimo a propriedade do direito natural ser racional, por mais que a lei natural seja escrita no coração dos homens por intermédio de Deus, Thomasius diz de modo categórico que a única guisa capaz de conhece-la é mediante o raciocínio, é dele que brota todos os preceitos morais. A última mas não menos importante reflexão para encerrar essa sessão, será a de Immanuel Kant a respeito desse sistema de pensamento, a chamada “resposta sobre o que é o iluminismo?”. Neste opúsculo a razão é encarada como um mecanismo autárquico, não muito diferente de todas as concepções já elaboradas anteriormente por um número heterogêneo de autores, a liberdade se encontra como centro do filosofar kantiano, ela é a égide dos imperativos categóricos, hipotéticos, técnicos, pragmáticos e morais, auxiliando na estipulação de juízos. O iluminismo é a rota de fuga da ignorância humana, sendo essa de culpa exclusiva do homem, que por sua preguiça e covardia frente a estrutura cosmológica opta pelo estado de ignomínia e subordinação a ter que enfrentar sua situação de inépcia; a razão pratica dita a lei moral diferente da razão pura que demanda uma justificação para a ciência, essa não procura traduzir os fenômenos naturais mas representar as leis segundo um ser racional, dotado da faculdade de agir, Kant menciona em sua publicação o uso público da razão, a independência das potencialidades intelectuais diante as restrições da liberdade, sem a necessidade de um guia, enquanto erudito o indivíduo apresenta o direito de manifestar seus pensamentos, todavia constata-se o uso privado, oposta à capacidade coletiva, o sujeito emprega a função da inteligência em razão a um cargo público ou encargo confiado a ele, estritamente nesses casos que o representante tem uma ação mais direta com o meio social, com os membros da comunidade, dever-se-á aderir a uma prática passiva face a ordens superiores, dessa forma ele adquire como que um gênero de artificialidade através de uma orientação concebida pelo governo, com a finalidade de preservar as organizações públicas, acatar essas determinações se equipara a um arquétipo da virtude, pois nesse caso obedecer está acima do raciocinar. Para que esses rudimentos disposto pelo filósofo prussiano tome contorno

na mente do leitor, utilizaremos como recurso um exemplo proposto pelo próprio Immanuel Kant, o qual coloca como objeto, a situação de um clérigo completamente submetido privativamente a ensinar se baseando no catecismo da igreja, seu cabedal de instrução tem como sustentação as sagradas escrituras, os santos e doutores da igreja, os dogmas da fé e as doutrinas em conformidade com as cláusulas cristãs, no entanto abrigado por uma postura erudita ele poderá questionar as práticas religiosas, duvidar dos símbolos tutelados e lançar ao público novas propostas que em seu entendimento vão auxiliar na regulamentação eclesiástica, assim, Kant indica um novo paradigma no que se refere ao modo de pensar sobre a esfera individual e geral.

3 O DIREITO NO PERÍODO ILUMINISTA

Apresentados os desenlaces desse movimento cultural na primeira parte do presente trabalho, poderemos adentrar na influência que o direito sofreu no respectivo período. A filosofia do Iluminismo faz uma reivindicação contra todo o sistema metafísico, a religiosidade, tradição, a autoridade e aos fundamentos constituídos em anos anteriores, o “século das luzes” coloca como fundamento do Estado e das normas jurídicas a própria razão, esse espírito instituído no conhecimento lógico rejeita todas as superstições rumo a um estado permanente de crítica principalmente no âmbito jurídico-político que desembocará nas revoluções, como fora a da declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789 na França que tem como direção a busca por fins práticos na tentativa de levar o homem a felicidade, condição primordial a vida humana. Platão foi um dos primeiros a estabelecer as relações entre o direito e a força, em seu livro mais famoso *A república*; a questão sobre a natureza do justo entra em discussão diversas vezes, essa palavra “natureza” que irá ser o ponto fulminante ao menos preliminarmente no início desse capítulo, tem relação direta com outras sentenças como “direito” e “justiça”, pois a ideia de justo analisada mais de perto sucede em um esvaziamento do termo, aquilo que permanecia estável e imutável se torna descontínuo e findável, a ideia só tem valor quando é dada por instituição e não por natureza, o que nos remete a uma indagação primordial; nossa produção racional detém uma realidade objetiva ou não ultrapassa as linhas ligadas a especulação? A conjectura platônica estava lançada para as gerações futuras, foi preciso esperar os séculos XVII e XVIII para que houvesse os primeiros esboços da solução, o filósofo que mais contribuiu na resolução do problema foi Hugo Grotius, um jurista extremamente erudito que ressuscitou os estudos sobre Platão e Aristóteles, e como fiel adepto da causa humanista é inserido nos moldes históricos do séc. XVII quem detém como traços

marcantes a utilização das ciências exatas para conceber as formas. Grotius filia-se a tese platônica em relação ao problema das matemáticas, esse é o modo como ele enxerga a restauração do platonismo. A adoção desse sistema representa o abandono do mundo abstrato que nesse momento irá se dirigir rumo ao plano do possível, o direito depende de provas estritamente racionais, não como alguns de seus antecessores acreditavam, a fundamentação do objeto dito legal é verificado na esfera da existência somente quando pensado em sentido teológico ou a ideia de natural ligada ao princípio da vida e do movimento das coisas, o justo tem relação com a aritmética, os números dispõe uma relação com as verdades necessárias permanecendo intocáveis mesmo que todo o universo empírico ruísse, a busca pela libertação da ciência jurídica é o motivo do autor levantar seu estandarte, sua revolução nesse campo é comparada com a de Galileu na física, pois Grotius apresenta um novo sentido para a palavra “natureza”, ele é um revolucionário nesse aspecto, aqui o termo representa a fundamentação das verdades imanentes que não exigem nenhuma espécie de revelação transcendental, quando se fala natural exprime-se racional, a razão que conserva os princípios primeiros e indispensáveis para assentar o direito, é o que nos apresenta o filósofo italiano, Guido Fassò:

“Natural significava racional, e sobretudo não-sobrenatural, uma referência a natureza era na verdade uma referência a consciência crítica do homem, para fazer do homem, da razão humana, o medidor de toda verdade em todos os campos.” (FASSÒ, 1982, p.165, tradução nossa)

Dessa forma o mundo passa a possuir sua própria justificação, assim, abraça uma postura racionalista em relação ao direito natural, a natureza não mais designa o mundo físico, manifestável aos sentidos ou até mesmo a realidade material, para o direito iluminista ela é a razão que escora os valores jurídicos essenciais. Esse modelo apresentado resultará quase que como os efeitos causados na desintegração de um núcleo instável em um processo de fissão nuclear, os jusfilósofos do fenômeno iluminista colocam como epicentro a razão como instrumento necessário do direito, ela passa a determinar quais os princípios que devem ser levados em consideração na elaboração de um sistema normativo.

Carlos Secondat, barão de Montesquieu, protuberante pensador da cultura iluminista, desfia em sua obra *Cartas persas*; precisamente na de número LXXXIII, a respeito do significado da justiça como sinônimo de conveniência, completamente consoante ao espírito racionalista e naturalista da época, semelhante ao que Grotius discorre em seus escritos, aqui, Montesquieu acompanha a linha do autor holandês, onde Deus não pode fazer nada injusto, ele está impassível de cometer qualquer espécie de injustiça pois assim como os homens e até mesmo os anjos, todos estão submetidos ao justo, é preciso que sempre se cumpra esse dever,

que por si mesmo já basta. Inclusive se o poder divino não existisse, ainda sim essa obrigação não cessaria de compor o universo:

“A justiça é uma relação de conveniência que se encontra realmente entre duas coisas, essa relação é sempre a mesma independentemente do ser que a considera, seja Deus, um anjo ou um homem.” (MONTESQUIEU, 1992, p.151, tradução nossa)

O filósofo francês não acreditava em uma lei universal e imutável, mas essa sua obra juvenil transparece um relativismo relacionado aos costumes das instituições jurídico-políticas, pois não se pode tratar dos temas intrinsecamente relacionados ao governo sem estabelecer a razão como fundo, ademais o escritor também se distancia das teses jusnaturalistas do medievo, o qual os autores disponham como fundamento do mundo físico uma ordem divina. Apesar do texto *Cartas Persas* possuir uma característica romanceada, ficcional dos fatos, essa não é completamente destituída de ideias que o autor genuinamente acreditava; sob uma aparência de romance epistolar muito utilizado no iluminismo, Montesquieu visa disfarçar o perfil crítico da obra, pois o jovem persa Usbek, escarnece o clero, abomina todas as disputas teológicas e mostra todos os absurdos da corte; tal estratégia era justificada pelo governo despótico de Luis XIV que Charles Louis de Secondat vivenciou. Em sua obra prima, *Espírito das Leis*, com efeito demonstra o pensamento amadurecido do filósofo, muitas das ideias ali transcritas são consonantes com as *Cartas Persas*, contudo, aqui acontece uma análise mais refinada da política, do Estado e das leis. O método utilizado foge completamente de uma concepção abstrata e na maioria das vezes apriorística da realidade, os meios empregados envolvem um exame voltado para a observação empírica, os fatores geográficos recebem a devida importância, juntamente com o clima, a religião, o governo e demais fatores que irão aglutinar em prol da formação do espírito geral, que pode ser definido como essas relações que caracterizam um conjunto de leis positivas e históricas criadas com o propósito de regular as ações humanas.

“A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana. Devem sertão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra.” (MONTESQUIEU, 1996, p.17)

As leis são diferentes de povo a povo, essa relativização também é encontrada em Voltaire, pois as normas para ele são instrumentos de interesse dos poderosos, as leis positivas são insuficientes e imprecisas pois os chefes de Estado se encontram mais preocupados com os interesses particulares do que nos públicos, não obstante, Francisco Maria Arouet apresenta o sentido de justo e injusto não dado por Deus, o poder divino não disse aos homens quais são as

leis naturais, somente conhecemos os princípios que regem a sociedade graças a razão, ela que define o status daquilo que é adequado ao sistema de leis; os temas que abrangem as questões ligadas ao direito e a justiça nos escritos de Voltaire se encontram dissipadas pelos seus inúmeros escritos, o que torna excessivamente trabalhoso estabelecer um sistema orgânico sobre elas, porém, seu pensamento é permeado por uma matriz racionalista iluminista no que tange a matéria filosófico jurídica, algo comum naquele fenômeno cultural.

Diógenes Diderot, diretor da Enciclopédia, concebe como existente apenas aquilo que pertence ao movimento da matéria, uma metafísica materialista própria, seu humanismo tem como origem um prisma denominado “razão”, se eu a retiro do pedestal, não há mais necessidade de colocar outra ferramenta no lugar, ademais, o escritor francês exalta a crítica como processo metodológico fundamental para se crer naquilo colocado sob os sentidos, conclui-se que sua filosofia é eivada de ceticismo, pois coloca a dúvida como meio necessário para a obtenção da verdade. Sobre sua visão jurídica é possível identificar uma semelhança com a visão de Voltaire, a lei produz o justo e o injusto, mas deve ser constituída com base no racional e equitativo, do contrário se torna impassível de qualquer justiça. O direito é reto, certo e é fixado por uma lei advinda de um direito racional.

Por fim abordaremos brevemente o pensamento jurídico de Jean-Jacques Rousseau, suas teses são numerosas, sem trazer como objeto de pesquisa todas os desenlaces produzidos nos séculos posteriores. Considerado por Kant como o “Newton da moral”, o filósofo francês recebe várias nomeações, como o primeiro teórico socialista, para alguns ele é um legítimo iluminista, para outros é anti-iluminista e assim por diante. Iniciando pelo “estado de natureza”, representação terminológica verificável desde Thomas Hobbes, ganha nos escritos de Rousseau como um reino de liberdade, de moralidade e completa felicidade humana; todos os bens são comuns nesse plano, os homens compartilham suas necessidades e encontram meios para satisfazer sua sobrevivência nesse respectivo meio. Os seres humanos não se encontram em uma espécie de culto a barbárie ou de guerra como o autor de *Leviatã* propunha, aqui os homens não contemplam as desigualdades morais como o amor próprio, a perfectibilidade representando a desigualdade natural e a desigualdade econômica estabelecida graças à propriedade privada, nesse ponto não há qualquer tipo de relação moral ou deveres tidos como comuns eivados de bondade ou maldade, os sujeitos não possuem consciência da morte e nem a necessidade de buscar o reconhecimento dos seus semelhantes; esse estado de natureza serve para o pensador no que toca a possibilidade de comparação entre as formas sociais originárias e normativas. A passagem do estado natural para a sociedade civil se dá quando um dos entes demarca um espaço e assume sua posse, isso causa uma perturbação dessa harmonia natural

que gradativamente corrobora para a completa desigualdade, pois passa a ser necessário o uso da força, uns saem desse estado primitivo mais rápidos do que outros, adquirindo os vícios e as ambições. O homem se vê obrigado a proteger aquilo que é seu, um apetite descomunal que antes carecia, começa a fazer parte das suas relações sociais, o contrato social surge como resposta a fim de devolver ao homem sua liberdade; o pacto se funda não apenas na razão estritamente ou em todos aqueles instintos preliminares, mas sobre a voz coletiva dos homens, aquilo que ele chama de “vontade geral”, o princípio que sustenta a legitimidade do poder.

“A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível.” (ROUSSEAU, 1996, p.33)

Essa vontade geral é resultante de um acordo realizado entre os iguais, não da submissão de terceiros, assim, se trata da disposição dos direitos pessoais em favor da coletividade, celebrado não em função de Deus ou de algum chefe, mas entre si; tal pensamento se encontra disposto na passagem sobre a lei.

“Há, por certo, uma justiça universal que emana unicamente da razão, porém essa justiça para ser admitida entre nós, precisa ser recíproca [...]. Mas que é, afinal, uma lei? Enquanto nos contentarmos em ligar a essa palavra apenas ideias metafísicas, continuaremos a raciocinar sem chegarmos a um acordo [...].” (ROUSSEAU, 1996, p.46)

Isso nos mostra que a vontade geral é encarnada no Estado como tudo, fora do qual não há consciências privadas por serem danosas, é devidamente necessário que essas sejam absorvidas pelo corpo social, o único lugar capaz de comportar os desdobramentos das potencialidades humanas, com a alienação dos direitos em prol da comunidade. O direito para ele ganha uma nova matriz, com a vontade geral sendo o fundamento da lei, não existe nada superior a norma, ela está sempre acima do homem, e sendo essa destituída de erro, a lei não pode ser injusta pois se assenta na vontade geral, ela é então absoluta, se tornando a única garantia da liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de alcançar os melhores resultados possíveis, esse trabalho buscou a realização de uma pesquisa descritiva com foco no período iluminista e todos seus principais efeitos. Com base nas análises documentais juntamente com uma leitura crítica envolvendo as obras do séc. XVIII, foi possível alcançar a tônica do fenômeno servindo como base as investigações realizadas pelos historiadores já aqui mencionados.

O intuito foi entender como o iluminismo influenciou as áreas essenciais do conhecimento no séc. XVIII, como a arte, economia, literatura, religião e principalmente o direito, além de captar a expansão do movimento em outros países ao redor do globo, como Inglaterra, Itália e Alemanha.

A ruptura com o padrão clássico do pensamento medieval, baseada em uma concepção teológica do universo que perpassava os indispensáveis ramos do saber, adotava agora a razão como fundamento e ideal da vida humana.

Os pensadores que discorreram sobre o desenvolvimento da ciência jurídica partiam sempre dos princípios estipulados pela razão a fim de alcançar o cume dos princípios normativos, afinal, desvincilhando-se das proposições metafísicas o homem passa a ser o objeto central do método filosófico, é por meio dele que se torna possível a criação de um modelo jurídico-político-filosófico que atenda às necessidades sociais.

O trabalho examinou a existência de um denominador comum entre todas as diferentes manifestações do fenômeno, delineando de modo mais geral o impacto e os seguimentos que as teses ganharam ao longo do tempo.

Referências Bibliográficas:

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1962.

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**, vol. VIII. Lisboa: Editorial Presença, 1970.

CAPEAUX, Otto Maria. **O iluminismo e a revolução por Carpeaux**. Rio de Janeiro: Leya, 2012.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 1992.

COOPER, Anthony Ashley. **Cartas sobre el entusiasmo**. Barcelona: Quardens Crema, S.A, 2017.

FARTHING, Stephen. **Tudo sobre arte**. Rio de Janeiro: Sextante, 2011

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. La edad moderna. Bolonia: EDICIONES PIRÁMIDE, S.A., 1982.

GIDE e RIST. **Historia de las doctrinas económicas**. Buenos Aires: EDITORIAL

DEPLAMAS BUENOS AIRES, 1949.

GOMBRICH, E.H. **A história da arte**. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. **Ensaio morais, políticos e literários**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1973.

KANT, Immanuel. **Religião nos limites da Simples Razão**. Covilhão, 2008.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: “**O que é o Iluminismo?**”. www.lusosofia.net, 2022. Disponível em: https://lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acesso em: 16 de set. de 2022.

LE GOFF, Jacques. **O Deus da Idade Média**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MONTESQUIEU. **Cartas Persas**. México: Dirección General de Publicaciones: 1992.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Platão. **A república**. São Paulo: Lafonte, 2020.

REALE e ANTISERI. **Filosofia: idade moderna**, vol. 2. São Paulo: Paulus, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2018. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3946/pdf>

RESSOCIALIZAÇÃO DE APENADOS: A OMISSÃO DO ESTADO E A POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DE EMPRESAS PRIVADAS

César Augusto Faria Freitas¹
Anna Lara Ferreira²
Maria Cristina Mascarello³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a omissão do Estado no cumprimento das funções da pena e a possibilidade de atuação da iniciativa privada como agente ressocializador de apenados. Partiremos da origem e da evolução das penas, nos diversos contextos sociais, históricos e políticos, até suas finalidades e a ressocialização do apenado. A partir do conhecimento obtido através da parte doutrinária da teoria da pena, o foco do artigo é analisar a viabilidade da contratação de apenados e egressos por empresas de diversas áreas e a disponibilidade dos entes políticos na criação de benefícios de incentivo à participação da iniciativa privada.

Palavras-chave: Teoria da Pena; Finalidades da Pena; Ressocialização; Omissão Estatal.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the State's failure to fulfill the functions of the sentence and the possibility of the private initiative acting as a resocializing agent for inmates. We will start from the origin and evolution of penalties, from the different social, historical and political contexts, to the purposes and resocialization of the convict. Based on the knowledge obtained through the doctrinal part of the theory of sentence, the focus of the article is to analyze the viability of hiring convicts and egresses by companies from different areas and the availability of political entities in the creation of benefits to encourage private intervention.

Keywords: Theory of Sentence; Purposes of Sentence; Resocialization; Government Omission.

1. INTRODUÇÃO

Numa breve análise histórica, é possível visualizar um grande movimento visando a humanização das penas aplicadas àqueles que violaram a lei. A partir dos ensinamentos de Beccaria, as penas corporais e degradantes dos sistemas punitivos foram, ao longo do tempo, sendo substituídas por penas menos violentas e assumiram outros objetivos além de punir.

Mas podemos sem dúvida ressaltar esse tema geral de que, em nossas sociedades, os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma certa

¹Delegado de Polícia, especialista em Direito, professor da ACADEPOL e professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

“economia política” do corpo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos “suaves” de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão. (FOCAULT,2010)

Atualmente, a legislação brasileira prevê que as penas aplicadas em nosso território devem ter caráter provisório, preventivo e devem reeducar o agente para a reintegração na sociedade.

O sistema de Estado Democrático de Direito outorga aos órgãos da Justiça Penal o *potestas puniendi*, entretanto, o Estado, ao executar as sanções penais deve respeitar os princípios e garantias constitucionais.

Não obstante, o altíssimo índice de reincidência, unido a superlotação dos presídios e a falta de egressos no mercado de trabalho indicam que há uma grande falha na execução penal brasileira.

Nesse sentido, o objetivo desse estudo é analisar, através da pesquisa bibliográfica, se a aplicação humana e ressocializadora da pena prevista em nosso ordenamento jurídico é efetivamente colocada em prática pelo Estado e pela sociedade em geral.

2. DA PENA E SUAS FINALIDADES

A pena pode ser entendida como a consequência aplicada pelo Estado àquele que praticou um ilícito penal. Durante sua evolução histórica, esse instituto passou por diversas mudanças para se adequar aos regimes político-sociais de cada época.

Em seu surgimento, a pena detinha uma única finalidade, castigar e punir os infratores. Essa fase foi marcada pela aplicação de métodos envolvendo torturas, lesões corporais, açoites e até mortes, o corpo do criminoso precisava pagar pelo mal praticado por ele. Em muitos desses casos, as penas privativas de liberdade somente eram usadas como forma de garantir a aplicação da pena fim.

A partir dos ideais do Iluminismo, princípios como o da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana foram ganhando espaço e importância dentro dos sistemas penais. A preocupação com a integridade física e psicológica dos apenados resultou no afastamento das penas cruéis e injustas.

Os sistemas de aplicação de penas dos séculos passados não são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro atual, a consequência natural da prática de ato ilícito deve incidir, mas com respeito à dignidade dos condenados.

O Código Penal adotou, através da redação do artigo 59, a teoria mista ou unificadora da pena, determinando que a sanção estatal passa a ter as finalidades de prevenção e reprovação do crime.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Sobre o tema:

A legislação penal brasileira prevê expressamente que a pena tenha um caráter retributivo e um caráter preventivo. Essa é a percepção extraída do art. 59 do Código Penal, que prevê que a pena será aplicada conforme seja necessário para a reprovação e a prevenção do crime. Como convencionou-se pela literatura jurídica brasileira, ante as duas finalidades da pena, o sistema adotado pelo Código Penal foi o da teoria unitária, mista ou eclética. (VILAS BOAS, p. 50, 2022)

A doutrina de Nucci esclarece sobre os deveres a serem observados pelo julgador ao estabelecer uma pena criminal.

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (NUCCI, 2009)

A finalidade de reprovação do crime pode ser entendida como o caráter retributivo da pena, desde que proporcional a culpabilidade e a gravidade do delito praticado, servindo a pena como reafirmação da ordem jurídica.

Já a função de prevenção do crime pode ser dividida em prevenção geral e prevenção especial. A prevenção geral é também chamada de prevenção por intimidação, trata-se da hipótese em que a sanção aplicada a determinado autor serve como influência pedagógica ao restante da sociedade, principalmente às pessoas que estariam inclinadas para o cometimento de crimes.

Por sua vez, a prevenção especial, foco deste estudo, trata da reinserção do apenado na sociedade.

3. DA RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVII que não haverá, dentre outras, pena de morte ou de caráter perpétuo. Com as mudanças trazidas pela Lei 13.964/19, determinam que o tempo máximo de prisão privativa de liberdade é de 40 anos. Sendo certo que o sentenciado, após cumprir sua pena, retornará compulsoriamente ao convívio social.

Partindo desse pressuposto, a ressocialização do condenado deve ser vista como imprescindível. Não se trata de uma tentativa de modificar a personalidade do agente ou fazer com que ele se amolde a determinado padrão social, mas sim de garantir que essa pessoa, ao saldar sua condenação, seja reintegrada na sociedade em condições dignas, tendo acesso a todos os seus direitos, principalmente o direito ao trabalho.

Devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detendo aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para fazer com que cumprisse sua pena? (GRECO, 2018)

O modelo ressocializador propugna, portanto, pela neutralização, na medida do possível, dos efeitos nocivos inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial ao seu regime de cumprimento e de execução e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais. (MOLINA, 1998)

Apesar de ser considerada por muitos como uma das legislações mais modernas do mundo, a Lei 7.210/84 ainda enfrenta obstáculos em sua aplicação. Conforme preceitua o artigo 1º da referida Lei, um dos objetivos da execução penal é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. O mesmo diploma normativo lista, no artigo 10 e seguintes, diversas assistências que devem ser garantidas pelo Estado ao condenado e também ao egresso.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;
V - social;
VI - religiosa.

Lado outro, não é possível olvidar da posição de Vilas Boas:

É preciso entender que a ideia da pena enquanto necessária para a ressocialização do condenado, com o objetivo de reeducá-lo, violaria a sua alteridade e a consciência que ele tem si. Por tal razão, seria uma violência contra a sua dignidade. Como dito por Aleixo e Penido (2018), tal proposta constitui uma sutil forma de desrespeito à integridade da pessoa presa, ao se tentar impor um modo hegemônico de vida. (VILAS BOAS, p. 57, 2022)

A partir das disposições da Lei de Execução Penal, torna-se evidente que o dever de ressocializar e guiar os condenados de forma digna para a sociedade, afastando-os da reincidência foi atribuída ao Estado. A questão iminente é: o Estado tem agido conforme ditam as normas jurídicas?

4. DA OMISSÃO ESTATAL

Como dito anteriormente, o foco do presente trabalho é um ponto extremamente conflituoso e controverso no cenário da ressocialização no Brasil: a omissão do Estado na ressocialização dos condenados.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, alude que a segurança pública é dever do Estado, e, responsabilidade de todos. Nesse sentido, é necessário abordar a ineficácia estatal em efetivar que o apenado possa ser reinserido na sociedade, e, principalmente, a situação de abandono daqueles que, em momento de extrema necessidade, se encontram desassistidos.

A Lei de Execução Penal tem como objetivo disciplinar a execução as penas definitivas decorrentes de sentenças criminais condenatórias, e, além disso, proporcionar condições para a reintegração do apenado. Seu texto dispõe sobre a importância do trabalho interno e externo dos acautelados, que respeitará a medida de suas aptidões e capacidades, como forma de devolver a sensação de dignidade do preso e de utilidade para com a coletividade, constituindo o dever social.

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

Ocorre que, embora positivada em diversos diplomas normativos, a omissão do Estado para com os egressos do sistema prisional é algo manifesto em nossa sociedade. Em que pese a existência de inúmeros projetos internos em diversas penitenciárias no Brasil, a superlotação e a falta de assistência são fenômenos que prejudicam a efetiva integração dos acautelados.

Além de que, no momento em que a progressão de regime é alcançada, tanto no regime semiaberto quanto no aberto, se faz imprescindível a comprovação de serviço para que o penitenciado possa ser factualmente beneficiado, e, exatamente neste momento, ocorre a maior das omissões, uma vez que no Brasil não existem programas efetivos e abrangentes de assistência aos apenados, especificamente no instante em que o indivíduo deseja oferecer seus serviços e, conseqüentemente, ser reinserido na coletividade.

É necessário enfatizar que, a prisão, seja ela preventiva ou de cumprimento de pena, vem acompanhada de repulsa por parte da sociedade, além de problemas familiares e pessoais, e, como resultado, embora o apenado demonstre a pretensão de retornar a coletividade, encontra uma sociedade que, na maioria das vezes, não o acolherá.

A prevenção especial positiva também padece de absoluta irrealizabilidade, pela própria essência do encarceramento, em especial em nosso país. Em primeiro lugar, o Estado não dispõe de políticas públicas efetivas e duradouras no sentido de integrar socialmente os egressos. Além disso, por si só, o encarceramento é fator de desagregação familiar, repúdio social, rotulação e dessocialização do indivíduo, sendo tais características ontologicamente incongruentes com a pretendida finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. (ROIG, 2018)

O Estado precisa desenvolver ações eficazes que possibilitem a ressocialização de pessoas em privação de liberdade. Atualmente, a ressocialização é um mundo de “faz-de-contas”, e as ações voltadas para este fim quase não existem. (CARVALHO, 2011)

4.1. Da reincidência

Diversos transtornos são gerados em decorrência da omissão estatal, e, dentre eles, podemos citar a reincidência como o mais recorrente, dado que, em razão da falta de oportunidade, o egresso se encontra em uma situação de extrema vulnerabilidade, muitas vezes

retornando ao meio do qual foi a origem de seu delito, e, sem vislumbrar nenhuma possibilidade de reintegração, volta a praticar infrações que poderiam ter sido evitados caso o Estado proporcionasse políticas públicas eficientes.

Convém ressaltar que o trabalho como um direito possibilita ao apenado incluí-lo no sistema progressivo de cumprimento da pena. Já no que concerne ao trabalho como dever, este se caracteriza como uma importante função que possibilita a reinserção do indivíduo no contexto social, dando-se início ao processo ressocializador. (OLIVEIRA,2014, online)

4.2. Do trabalho como forma de reinserção na sociedade

Conforme defendido por Max Weber, o trabalho dignifica o homem. Em nosso ordenamento jurídico, o trabalho tem especial valor, uma vez que o artigo 1º da Constituição Federal Brasileira o elenca como fundamento da República em seu inciso IV.

No âmbito da Execução Penal, sabe-se que a prisão tem o objetivo de recuperar o condenado para o convívio social, contudo, o fato de ter sido egresso do sistema prisional acaba por estigmatizar e discriminar ainda mais o infrator.

Assim, os apenados cumprindo pena nos regimes aberto e semiaberto sofrem diariamente com desconfiança dos empregadores com a conseqüente preterição na disputa de vagas do mercado de trabalho. Para essas pessoas, a certidão de antecedentes criminais funciona como um inimigo silencioso que subtrai oportunidades e compromete a sua recuperação e reinserção social.

Nesse sentido, o trabalho garante ao preso um acesso à qualificação que viabilizam a preparação de sua reintegração à sociedade com mais oportunidades no mercado de trabalho.

O trabalho do preso é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para conter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite que o recluso disponha de algum dinheiro para suas necessidades e para ajudar na sobrevivência de sua família; do ponto de vista ressocializador, o detento ao sair da prisão, já conhece um ofício e tem mais possibilidades de fazer sua vida honrada no meio da sociedade. (OLIVEIRA, 2007)

Mente ociosa é moradia do demônio, a própria malandragem reconhece. Ao contrário do que se imagina, a maioria prefere cumprir pena trabalhando. Dizem que o tempo passa mais depressa, e à noite: Com

o corpo cansado, a saudade espanta. Poderiam, também, aprender um ofício e voltar para casa com alguma perspectiva. Soltá-los mais pobres e ignorantes do que quando entraram não ajuda a reabilitá-los. (VARELLA, 1999)

Deve-se levar em conta que o reeducando deve finalizar seu cumprimento de pena em melhores condições, deve sair do presídio psicologicamente, intelectualmente e, principalmente, profissionalmente melhor do que quando entrou.

5. DA IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DE EMPRESAS PRIVADAS

Após enfatizar os prejuízos causados pela omissão estatal para com a reintegração do acautelado, é necessário discorrer acerca da possibilidade e importância da atuação privada como forma de auxiliar a minimizar os impactos desta omissão.

Como já mencionado anteriormente, de acordo com o texto da própria Constituição Federal em seu art. 144, *a segurança pública é dever do Estado, e, responsabilidade de todos*, conseqüentemente, a atuação privada pode participar da finalidade de reintegrar o indivíduo condenado na sociedade.

A oferta de emprego aos acautelados pelas empresas do setor privado deve ser reconhecida com excepcional importância, não só para com o acautelado, mas para toda a sociedade, dado que, uma vez reinserido, o indivíduo condenado rompe o vínculo com a criminalidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), iniciou um programa denominado “Começar de Novo”, que incentiva a busca de parceria entre governo e empresas visando a reintegração social do apenado. Importante salientar que as empresas participantes têm registrado experiências positivas com a inclusão de acautelados nos seus quadros de funcionários.

O Começar de Novo visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo do programa é promover a cidadania e conseqüentemente reduzir a reincidência de crimes. As oportunidades são oferecidas tanto por instituições públicas como entidades privadas, que são responsáveis por atualizar o Portal. (CNJ)

Iniciativas como estas são importantes e geram resultados promissores na redução da criminalidade, especialmente a reincidência criminal, beneficiando tanto os condenados que recebem oportunidade de emprego quanto a sociedade no aspecto da redução da criminalidade.

5.1. Da viabilidade de subsídios as empresas particulares que admitirem acautelados

]Como forma de integração de empresas privadas, caberia aos entes tanto Federais, Estaduais e Municipais, a criação de subsídios/isenções para as instituições que promovessem oportunidade para os acautelados.

Isto posto, abordando o tema de forma específica, particularizando a Comarca de Pará de Minas e o Complexo Penitenciário Doutor Pio Canedo, constata-se uma grande demanda por parte dos acautelados, onde se torna imprescindível a comprovação de serviço, como forma de se fazer valer os benefícios dos regimes semiaberto e aberto, e, da mesma forma, após o cumprimento integral da pena.

Neste momento, a omissão por parte do Estado se torna incontestável, e, a participação particular se torna necessária. Na maioria das vezes, os egressos alcançam apoio fundamental por meio de instituições privadas indicadas por membros da Defensoria Pública e pelo SINE (Sistema Nacional de Emprego) do Município de Pará de Minas.

5.2 Da contratação de apenados no Município de Pará de Minas

Ao buscar entender a situação do Município de Pará de Minas e penitenciados, torna-se evidente a necessidade e benefícios da participação particular na geração de oportunidades de emprego aos presos. O Complexo Penitenciário Doutor Pio Canedo, dispõe de uma lista atualizada das empresas que atualmente possuem parceria direta e têm admitido apenados. (anexo)

De acordo com a declaração, atualmente, 348 detentos, tanto homens quanto mulheres, têm emprego ativo em diversas empresas, e, dentro desse número, 74 apenados possuem contratos vigentes com as referidas empresas, inclusive, com própria Prefeitura Municipal de Pará de Minas.

Insta salientar que dos outros 274 detentos, muitos tiveram apoio e conseguiram suas contratações através do SINE e de servidores da Defensoria Pública da Comarca de Pará de Minas.

Conforme descrito no Anexo, as vagas ocupadas por reeducandos são distribuídas em várias áreas, como marcenaria, distribuição de alimentos, limpeza urbana, serviços administrativos e outras. Inquestionavelmente, verifica-se, de um lado, a existência de uma demanda do mercado de trabalho por mão de obra e, de outro lado, a necessidade dos apenados

de oportunidades de emprego, denotando a relevância da efetiva atuação estatal no sentido de prover impulsos suficientes, além dos prejuízos causados pela omissão estatal neste aspecto.

Destarte, importa ao Município de Pará de Minas, fomentar parcerias entre empresas privadas e o estabelecimento prisional local – Penitenciária Doutor Pio Canedo, no sentido de viabilizar eventuais subsídios e incentivo às instituições privadas que atuarem na efetiva promoção de reintegração de egressos na sociedade com ofertas de empregos e oportunidades.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, após a análise histórica da pena e seus efeitos, foi possível depreender que as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito possibilitaram que o ordenamento jurídico vedasse as sanções de caráter violento. O Código Penal adotou, através da redação do artigo 59, a teoria mista ou unificadora da pena, onde a sanção estatal detém o propósito de prevenção e reprovação do crime.

Não obstante as diversas melhorias no sistema punitivo, a questão da ineficácia da ressocialização e o problema da reincidência ainda demandam uma abordagem eficaz. No presente artigo, aludimos a omissão estatal como a principal falha do sistema de execução penal no que tange a proporcionar meios de reintegrar os apenados a coletividade e evitar a reincidência criminal.

A partir desta omissão, também foi possível concluir que a responsabilidade de reinserção social do autor não cabe somente ao Estado. Nesse sentido foi tratada a responsabilidade dos cidadãos para com o efetivo cumprimento da lei.

Também foi abordada a possibilidade da elaboração de programas de incentivo às empresas particulares, de modo que as instituições privadas se interessem em realizar a contratação de acautelados e egressos do sistema prisional, ajudando a suprir a omissão estatal. Tal iniciativa incumbe aos próprios municípios, já que, constatando a necessidade urgente da reintegração destes regressos, devem desenvolver formas de integração entre empresas privadas e os presos, que acabam sendo desfavorecidos pelo Estado quando precisam concorrer no mercado de trabalho.

Por fim, há que se considerar que o preso é sujeito de direitos e que cabe ao Estado reduzir todos os entraves ao livre exercício do trabalho, na medida em que este é princípio fundamental da República (inc. IV do art. 1º), base da ordem social brasileira (art. 193), direito social (art. 6º da CF), dever social e condição de dignidade humana (art. 28 da LEP), além do que sua valorização é um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170 da CF). (ROIG, 2018)

Constata-se que o benefício é de ordem social e deve ser considerado de forma coletiva, já que os resultados dos incentivos podem repercutir na redução dos índices de criminalidade e da reincidência, diminuição do contingente carcerário e na realização de programas estatais de melhora da qualidade de vida e desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS:

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/campanha/comecar-de-novo-artigo-campanha/#:~:text=O%20Come%C3%A7ar%20de%20Novo%20visa,reduzir%20a%20reincid%C3%Aancia%20de%20crimes.>

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL, **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Conselho Nacional De Justiça**. Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019.

CARVALHO, Robson Augusto Mata de. **Cotidiano encarcerado: o temo como pena e o trabalho como “prêmio”**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: 38ª edição, Vozes, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. rev. atual. e aum. Niterói: Impetus, 2018. v.1. p.593.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Adriano Bezerra Caminha. **O trabalho como forma de ressocialização do presidiário**. Fortaleza, 2007. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario[2007].pdf)

OLIVEIRA, Maria Julia Bittencourt de; **A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <https://ambito-juridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ressocializacao-do-apanado-atraves-do-trabalho-em-face-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal. Teoria Crítica**. 4ª Ed. São Paulo, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**, t. I, p.81-82.

SAPORI, Luiz Flávio. **A reincidência criminal**. Fonte Segura, 2021. Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/91-Multiplas-vozes-A-reincidencia-criminal.pdf>

SILVEIRA, Luis. BARROS, Sarah. **Inserção de presos no mercado de trabalho beneficia empresas e sociedade.** Fonte: CNJ JusBrasil: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/118196954/insercao-de-presos-no-mercado-de-trabalho-beneficia-empresas-e-sociedade>

VARELLA, Dráuzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2018. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3946/pdf>

VILAS BOAS NETO, Francisco José. Bases para uma teoria antropológica de Direito Penal. Editora Trevo, São Paulo, 2022.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. Pena: Uma breve história de violência. Revista Pensamento Penal, n. 454, Buenos Aires, 2023. Disponível em <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90613-pena-uma-breve-historia-violencia>

ANEXO – RELAÇÃO DE PARCERIAS PRIVADAS DA PENITENCIÁRIA DOUTOR PIO SOARES CANEDO:



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DE MINAS GERAIS
PENITENCIÁRIA DE PARÁ DE MINAS I – DOUTOR PIO SOARES CANEDO

Atualmente possuímos nesta Unidade 348 de detentos trabalhando sendo eles subdivididos da seguinte forma:

PARCERIAS

PARCERIAS		
PARCEIRO	MASCULINO	FEMININO
ADÃO RIBEIRO DE FREITAS FILHO	39	-
CLEZIO FRANCISCO DE ALMEIDA	05	-
LEAL PREFORTE LTDA -ME	05	-
NUTRIDORES REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA	06	05
OAB/MG	-	01
PREFEITURA DE PARÁ DE MINAS	13	-

PARCEIRO / FUNÇÕES DESEMPENHADAS:

ADÃO RIBEIRO DE FREITAS FILHO: Serviço de seleção de palhas

CLEZIO FRANCISCO DE ALMEIDA: Marcenaria, produção e comércio de artigos em madeira mobiliário;

LEAL PREFORTE LTDA -ME: Fabricação de blocos

NUTRIDORES REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA: Auxiliar de cozinha realizado pelas custodiadas do sexo feminino e distribuição de alimentos na Unidade realizado pelos custodiados do sexo masculino

OAB/MG - Serviços administrativos

PREFEITURA MUNICIPAL DE PARA DE MINAS: limpeza urbana.

O CONTEXTO DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E O ARTIGO 437 ALÍNEA “B” DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

ARTÍCULO 437, LETRA “B” DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL MILITAR, EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

Francisco José Vilas Boas Neto¹

Lucas Lopes Alves Silva²

Vinicius Matheus dos Santos Pereira³

RESUMO: Este trabalho trata da previsão do artigo 3º-A do Código de Processo Penal comum, que prevê a estrutura acusatória e do art. 437, “b” do Código de Processo Penal Militar, que admite a condenação, mesmo com o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Serão apresentados dispositivos legais, posições doutrinárias e jurisprudências que afirmam que o sistema de processo penal brasileiro comum e military é o acusatório. A hipótese consiste na possibilidade do processo penal militar não ser puramente acusatório, uma vez que essa estrutura parece não coincidir com alguns dispositivos legais. Será demonstrado que o processo penal militar aproxima-se mais do modelo pseudoacusatório.

Palavras-chave: Processo Penal Militar – Sistema Acusatório – Democracia.

RESUMEN: Este trabajo trata de la previsión del artículo 3-A del Código Procesal Penal común, que prevé la estructura acusatoria y del art. 437, “b” del Código Procesal Penal Militar, que admite la condena, aun con la solicitud de absolución formulada por el Ministerio Público. Se presentarán disposiciones legales, posiciones doctrinales y jurisprudencia que establecen que el sistema procesal penal común y militar brasileño es el acusatorio. La hipótesis consiste en la posibilidad de que el proceso penal militar no sea puramente acusatorio, ya que esta estructura no parece coincidir con algunas disposiciones legales. Se demostrará que el proceso penal militar se acerca más al modelo pseudoacusatorio.

Palabras clave: Procedimiento Penal Militar – Sistema de Acusaciones – Democracia.

1. INTRODUÇÃO

O vocábulo latino *in dubio pro reo* é amplamente conhecido entre os operadores do direito, precisamente entre àqueles que atuam com o processo penal. O termo designa que em caso de dúvida, deverá ser aplicada a decisão mais favorável ao acusado.

¹ Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/MG (18ª Subseção); professor do curso de Direito Militar da Escola Nacional de Magistratura e professor do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

³ Graduando em Direito pela Faculdade de Pará de Minas.

Já o termo *in dubio pro hell*, utilizado por Rosa e por Khaled Jr. (2017) no livro que levou esse título⁴, é um jogo semântico transcrito na substituição da palavra latina *reo* (acusado) pela palavra inglesa *hell* (inferno).

Com a sugestão dada pelo princípio do *in dubio pro hell*, estaria a possibilidade de que a dúvida nem sempre favorecerá ao acusado.

Partindo dessa premissa, o presente texto visa questionar se o legislador brasileiro realmente fez uma opção pelo processo penal acusatório no âmbito da Justiça Militar.

Apesar do art. 3º-A do Código de Processo Penal comum, introduzido no ordenamento pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, a legislação processual penal militar seria de fato acusatória?

A hipótese discutida no trabalho apontará que o sistema processual militar seja pseudoacusatório, pois não preencheria os requisitos de um sistema acusatório puro.

Sem obedecer a uma estrutura rígida, inicialmente serão descritos os modelos processuais comuns, para em seguida serem demonstrados os fundamentos que afastariam o sistema processual militar do modelo acusatório puro.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS

O sistema processual penal é aquele utilizado em determinado ordenamento jurídico para que o Estado possa exercer o *potestas puniendi*⁵ (poder de punir). Em síntese, o sistema processual delimita as regras de investigação, processamento e execução da lei, para que o infrator possa ser passível da intervenção penal. No texto *A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal*⁶ é dito que o direito penal configura-se como a legitimação da violência praticada pelo Estado contra o indivíduo particular. O Estado efetivamente pratica uma violência contra o infrator ao submetê-lo à limitação de liberdade de locomoção e à segregação social.

A violência do Estado quando legalmente legitimada, no entanto, é impunível. Ela pertence ao exercício do *potestas puniendi*. Ao aplicar a pena, o Estado possui o poder de

⁴ ROSA, Alexandre de Moraes; KHALED JR. Salah. *In dubio pro hell*. Profanando o sistema penal. Editora EMais, 3ª edição. Florianópolis, 2017.

⁵ O termo *potestas puniendi* (poder de punir) foi escolhido no lugar do termo *jus puniendi* (direito de punir), por entender o autor que a pena é a imposição de sofrimento como retribuição ao crime. Ninguém, nem mesmo o Estado, tem o direito de impor sofrimento à pessoa.

⁶ Texto publicado na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição em 2018. Disponível pelo link <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3946/pdf>

exercer uma violência sobre o infrator, sendo, por essa mesma razão, que existe a necessidade de limitação desse poder.

Num Estado Republicano, como é o caso do Brasil, a limitação do poder de punir é descrita na lei. É a lei processual e o sistema processual adotado que estabelecem as regras para que o Estado possa aplicar a pena ao infrator.

Tradicionalmente a literatura processual penal, como será visto adiante, aponta três modelos processuais, sendo o inquisitivo, o acusatório e o misto.

2.1 Sistema Inquisitivo

O termo inquisitivo, com origem etimológica na expressão latina *inquisitīvus*, descreve um modelo processual que tem como pressuposto a inquirição ou indagação pela inquisição. (DICIONÁRIO PRIBERAM, 2013).

Segundo Pacelli (2012) o termo demonstra um *model* processual no qual o juiz atua também na fase de investigação; o processo se inicia com a *notitia criminis*, seguindo a investigação, acusação e julgamento.

No mesmo sentido:

Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de *juiz inquisidor*. (BRASILEIRO DE LIMA, 2013, p. 03).

Ainda segundo Brasileiro de Lima (2013), um juiz com essa concentração de poderes ficaria psicologicamente atrelado ao resultado, carecendo de objetividade e imparcialidade.

Távora e Alencar vão além, ao afirmar que:

O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única figura (juiz). O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção da prova e prolação da decisão pelo magistrado. (TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 40).

Aury Lopes Jr. (2007) reconhece que esse modelo de procedimento incide num erro psicológico ao crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão paradoxais como investigar, acusar, defender e julgar.

Távora e Alencar salientam ainda que no modelo inquisitivo:

O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da perseguição do que sujeito de direitos. (TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 40).

O acusado, mero coadjuvante da perseguição penal, teria papel secundário num procedimento que visaria apenas extrair-lhe a confissão ou culpa. Não haveria a necessidade de preservação das garantias como o contraditório e a ampla defesa.

Afirmam Távora e Alencar (2013) que um procedimento na linha inquisitiva seria de inspiração fascista, próprio de um Estado autoritário.

Essa autojustificação do poder do juiz não encontraria respaldo numa democracia. Como descrito no texto *A fundamentação das decisões e o exercício efetivo do contraditório*⁷, a democracia, entendida como soberania popular, exige que a resposta judicial seja dada a partir da construção participada das decisões, ou seja, a partir do princípio do contraditório.

Cumpram ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro cabe à Polícia Judiciária (em regra)⁸ a função de investigar e ao Ministério Público as funções de perseguição e acusação criminal, sendo que ao juiz caberia somente a função de julgar.

2.2 Sistema Acusatório

Ao contrário do sistema inquisitivo, o sistema acusatório não permite a possibilidade do julgador exercer as funções de investigação e acusação. Nesse sentido é a previsão do Código de Processo Penal (CPP) que no artigo 3º-A traz que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Inobstante ao fato do dispositivo legal supracitado ter entrado em vigor somente em 2020, a partir da promulgação da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, certo é que a literatura jurídica já reconhecia o sistema processual brasileiro como sendo acusatório.

Sobre a questão em comento:

Como se depreende, embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório -, a sua leitura

⁷ Texto publicado na Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação da Câmara dos Deputados E-Legis, em 2019. Disponível pelo link <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

⁸ Quando houver o interesse público, a lei admite a investigação pelo Ministério Público com a instauração dos inquéritos civis e administrativos.

deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório. (TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 42).

No mesmo sentido:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) (Criminologia, cit. P.31-8). É o sistema vigente entre nós. (CAPEZ, 2013, p. 85).

Verifica-se pelas citações acima, que mesmo antes da entrada em vigor do artigo 3º-A do CPP comum, o sistema acusatório já era reconhecido como o vigente no Brasil.

Como característica, o sistema acusatório prevê a separação entre as funções de investigar, acusar e julgar, vedando a concentração dessas atribuições em uma única pessoa ou órgão. (PACELLI, 2012, p. 10).

Esse também é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.752 - MG (2017/0051804-2)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE: T H A M DE F (MENOR)

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO JUNTADO APÓS A SENTENÇA. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. TRIBUNAL A *QUO* SUSCITOU NULIDADE DE OFÍCIO. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. RECONHECIMENTO IMPLÍCITO DA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO ATO INFRACIONAL. RECURSOPROVIDO.

1. Constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. (HC 347.748/AP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

2. A posição do Colegiado de origem em suscitar e reconhecer preliminar de nulidade, esquivando-se da matéria trazida em apelação defensiva para julgá-la prejudicada e determinar seja proferida nova sentença, feriu o sistemaacusatório.

3. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou entendimento de que, a despeito da necessidade do laudo toxicológico definitivo para aferir a materialidade do ato infracional, admite-se a sua comprovação outros meios de prova que possuam grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo.Precedentes.

4. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento do recurso de apelação, aferindo a materialidade do ato infracional, consideradas as provas existentes ao tempo da prolação da sentença. (BRASIL, STJ, 2018).

Da mesma forma, no julgamento do habeas corpus número 404.228, o Ministro Jorge Mussi do STJ (BRASIL, 2018) aduziu que no Brasil prevalece o sistema acusatório, que “prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos”.

Se no sistema inquisitivo estaria prevista a figura do juiz-acusador, o sistema acusatório autoriza somente que o juiz exerça a sua função na condição de órgão jurisdicional. A função do juiz estaria adstrita a analisar a acusação para absolver ou condenar o acusado.

Para Capez (2013), no processual acusatório é imprescindível o respeito ao contraditório e a ampla defesa. O juiz teria somente a função decisória, não participando da colheita de provas. Assim ele manteria a sua imparcialidade.

Corroborando com o sobredito:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, Art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*) e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público. (BRASILEIRO DE LIMA, 2013, p. 05).

Como defendido no texto *A fundamentação das decisões e o exercício efetivo do contraditório*⁹, uma decisão fundamentada a partir do princípio constitucional do contraditório terá a sua legitimidade materializada na participação concreta dos demais sujeitos processuais.

2.3 Sistema Misto

O sistema processual misto, como sugerido pelo nome, decorre duma adaptação do sistema inquisitivo ao sistema acusatório. O procedimento apresentaria tanto uma fase inquisitiva, sem contraditório e ampla defesa, quanto uma fase acusatória, na qual as funções de investigar, acusar e julgar seriam delimitadas e separadas.

Sobre a questão:

O sistema misto tem raízes na Revolução Francesa, conjunto de movimentos políticos-sociais cujos ideais se disseminaram pela Europa continental, e possui, como marco

⁹ Texto publicado na Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação da Câmara dos Deputados E-Legis, em 2019. Disponível pelo link <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

legal, o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808. Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do Juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes [...] assim temos: Investigação Preliminar, a cargo da polícia judiciária; instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor e julgamento [...] sobre o crivo do contraditório e ampla defesa. (TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 42).

A primeira fase (na qual o juiz atuaria como investigador-acusador) possuiria uma instrução preliminar, quando sem respeito ao contraditório ou a ampla defesa, seriam produzidas as provas. Na segunda fase, após oportunizar o direito de defesa ao acusado, o juiz proferiria a sua decisão condenatória ou absolutória.

Uma leitura desatenta do nosso ordenamento pode sugerir que o sistema adotado no Brasil seja misto, em razão da existência na persecução criminal de uma fase inquisitiva (inquérito policial) e de uma fase acusatória.

Sobre o tema, Pacelli diz que:

(...) alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual, já seria por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos Juízes no Código de Processo Penal. (PACELLI, 2012, p. 13)

A questão da dúvida sobre o sistema adotado é solucionada com argumento da definição de sistema processual, caracterizado “como o exame do processo, isto é, da atuação do Juiz no curso do processo”. (PACELLI, 2012, p. 13).

A consideração do inquérito policial como parte integrante do processo é equivocada. Tal afirmação seria errônea porque o inquérito policial não integra a fase processual. Não há a atuação efetiva do Juiz ou do Ministério Público e, conforme a exigência do artigo 155 do Código de Processo Penal, sequer o juiz poderá condenar um acusado com base exclusivamente nos elementos de informação constantes do inquérito¹⁰.

Sobre o tema:

Com origem que remonta ao Direito Grego, o Sistema Acusatório é o sistema adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo, que tem por características fundamentais: separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferida a personagens distintos. (TÁVORA E ALENCAR, 2013, p. 41).

¹⁰ CPP. Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No mesmo sentido:

“Todavia, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção e da não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (BRASILEIRO DE LIMA, 2013, p. 5).

Pelos fundamentos elencados, mesmo possuindo uma fase preliminar inquisitiva, é possível afirmar que o sistema processual adotado no Brasil e, precisamente no processo penal militar, não é misto e tampouco inquisitivo.

Por outro lado, é possível afirmar que o sistema processual militar seja puramente acusatório?

3 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Dentro do sistema processual acusatório, vislumbra-se uma série de importantes princípios constitucionais. Tais princípios devem ser tratados com enorme atenção, devido a sua amplitude e alcance no que concerne às garantias individuais.

Assim, começa-se pelo princípio constitucional da garantia da tutela jurisdicional, elencado no art. 5º, XXXV da CR/88 que traz que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*. Esse princípio implica no direito que toda pessoa possui em buscar o judiciário quando assim necessitar.

Por sua vez, o princípio da garantia do devido processo legal, descrito no art. 5º, LIV, demonstra que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Esse é um princípio elementar do nosso ordenamento jurídico, que resguarda um direito que todos possuem a responder um processo com todas as suas garantias, principalmente relacionado à ampla defesa e ao contraditório, como se verifica no art. 5º, LV que prevê que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.

A Constituição garante, também, o acesso à justiça, conforme elencado em seu art. 5º, LXXIV que prevê que *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos*. Mesmo que o acusado não tenha condições financeiras de arcar com um advogado, ele não será desprovido de um defensor, pois o Estado lhe proporcionará um defensor público ou dativo.

Há também a importância da presença de um juiz legalmente instituído que julgará de forma imparcial e independente, pois de acordo com os mandamentos do princípio do juiz natural trazido pelo art. 5º, incisos XXXVII e LIII, *não haverá juízo ou tribunal de exceção e ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.*

Com relação ao juízo militar, a Constituição traz no art. 122 a competência da Justiça Militar da União e no art. 125, § 4º a competência da Justiça Militar dos Estados.

Ressalta-se que diante do Estado juiz, todos são iguais perante a lei, como impõe o art. 5º, *caput*:

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. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Tal disposição apresenta-se como o princípio da garantia do tratamento paritário entre as partes.

É importante frisar que dentro do processo, vigora o *estado de inocência*, como descrito no art. 5º, LVII que prescreve que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Mesmo assim, quando sobrevier sentença condenatória, ela será precedida de fundamentação, além de, em regra, todos os atos serem públicos, como posto pelo art. 93 IX da Constituição:

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

Os princípios elencados acima foram trazidos de forma exemplificativa e não taxativa, apenas para demonstrar, conforme previsão constitucional, a pretensão do ordenamento jurídico brasileiro em adotar um sistema processual acusatório, no *model* descrito pelo art. 3º-A do Código de Processo Penal comum.

Além dos princípios acima expostos, a nossa Carta Magna em seu art. 129, inciso I, atribui o *mister* de promoção da ação penal ao Ministério Público, pois como ensina Capez (2013), *a nova Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada.*

É importante esclarecer que há uma exceção à regra trazida pelo art. 5º, LIX, *in verbis*: *será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*.

Ao Ministério Público também é aplicado o princípio da obrigatoriedade, que obriga o promotor a promover a ação penal.

No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social (CAPEZ, 2013, p.115).

Outro princípio salutar inerente à atuação do Ministério Público é o *princípio da indisponibilidade*, segundo o qual ao Ministério Público não cabe à desistência quando oferecida a ação penal. Nessa perspectiva, o art. 32 do Código de Processo Penal Militar, que prevê que apresentada a denúncia, o Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

3.1 Divisão de funções entre Ministério Público e Estado-juiz

No contexto do sistema processual pretendido no Brasil, observa-se uma separação do órgão encarregado de acusar em face do órgão encarregado de decidir. Assim, o órgão encarregado de acusar é o Ministério Público e o encarregado de decidir é o Juiz. O art. 129, I da Constituição Federal, exalta a função privativa da promoção da ação penal pública que é atribuída ao Ministério Público.

Ainda sobre o Ministério Público, Tourinho Filho ilustra:

O Ministério Público, diz o art.127 da CF, é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 388).

O conceito trazido por Tourinho Filho (2009) abrange tanto o Ministério Público da União, quanto o dos Estados. Compreende o Ministério Público da União: O Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Estado-juiz, por sua vez, é dotado de algumas garantias, a exemplo a garantia da vitaliciedade, inamovibilidade ou irredutibilidade de subsídio, devendo obedecer também a

alguns princípios como o princípio da investidura, onde só será investido na função de juiz aquele que atender a todos os preceitos legais (aprovação em concurso público de provas e títulos, etc). Há também o princípio da indeclinabilidade ou da inafastabilidade, que dispõe como previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Outro princípio inerente ao juiz é o princípio da indelegabilidade, segundo o qual o magistrado não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois se assim o fizesse, violaria o princípio da inafastabilidade. O princípio do juiz natural também é requisito, como dispõe a Constituição Federal no art. 5º, LIII.

Também o princípio da inércia precisa ser ressaltado, pois segundo este princípio, o juiz não deverá agir de ofício, sendo necessária a sua provocação.

Tourinho Filho contribui assim dizendo:

Era preciso [...] que a composição, a solução do litígio, se fizesse de maneira pacífica e justa e ficasse a cargo de um terceiro. Era preciso, antes de mais nada, que se tratasse de um terceiro forte demais, de modo a tornar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes [...] Somente o Estado podia ser esse terceiro. Então o Estado avocou a tarefa de administrar a justiça [...] Daí se infere que, detendo ele o monopólio da administração da justiça, surgiu-lhe o dever de garanti-la [...] o Estado, por meio do juiz, [...] dita a resolução do conflito com força obrigatória. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 38).

Enfim, tanto o Estado-juiz, quanto o Ministério Público são órgãos necessários à instrução processual e à própria garantia da promoção jurisdicional. Frisa-se ainda que entre esses órgãos não há hierarquia e nem subordinação.

3.2 O art. 437, “b” do CPPM no contexto do processo penal acusatório

Inicialmente é preciso salientar que o sistema acusatório é o mais adequado para um Estado Democrático de Direito. Isso porque a Constituição da República preconiza como elemento salutar para o devido processo legal, o princípio do contraditório.

Em outras palavras: o contraditório é o exercício dialético desenvolvido pelos sujeitos processuais, consistente na construção participada das decisões. É preciso entender, conforme mencionado acima, que o contraditório não pertence apenas às partes (autor – acusado), mas também ao juiz. Para o processo democrático, o contraditório que interessa não deriva do verbo contradizer e sim do verbo “construir”. Afirmar que o processo é o procedimento submetido ao contraditório não é o mesmo que dizer que o processo é o procedimento submetido à sua contradição. O processo submetido à contradição é o processo submetido à sua negação. A negação do processo, por sua vez, é a negação da democracia. (VILAS BOAS NETO, 2019, p. 199).

Além do princípio do contraditório, o sistema acusatório prevê uma série de importantes princípios constitucionais que devem ser observados devido ao alcance e amplitude na proteção de direitos e garantias individuais.

Dessa forma, a previsão já mencionada do artigo 3º-A do Código de Processo Penal comum, que afirma a estrutura acusatória para o sistema brasileiro, parece consagrar a natureza democrática do processo penal constitucional.

Contudo, conforme já salientado, para que um processo seja propriamente democrático, respeitando-se o sistema acusatório, se faz necessária a separação das funções da investigação, acusação e julgamento.

Apesar da previsão expressa do sistema acusatório, certo é que art. 437, “b” do Código de Processo Penal Militar, parece flexibilizar essa estrutura, trazendo dúvida quanto ao modelo adotado no âmbito da Justiça Militar.

Como dito anteriormente, caberia ao promotor o oferecimento da ação penal pública, uma vez que ele é o investido da titularidade da ação penal. Em outras palavras, se o promotor não oferecer uma denúncia, não teríamos a possibilidade de um processo penal de ação pública.

Não obstante, apesar da ação pública ser de titularidade do Ministério Público, o juízo militar poderá proferir um decreto condenatório mesmo que não exista um pedido de condenação formulado pela acusação.

Essa é a previsão do artigo 437, “b” do CPPM que descreve que:

Art. 437. O Conselho de Justiça poderá:

(...)

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.

O juízo criminal da Justiça Militar está autorizado a condenar mesmo que o órgão de acusação tenha pedido a absolvição?

A lei autoriza e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acata a previsão legal.

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.551 - RJ (2016/0179974-
RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: LUCIMAURO CRUZ DA SILVA

ADVOGADO: EDGAR FLECHAS SANTACRUZ - RJ107375

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.
2. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte.
3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)
Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (BRASIL, STJ, 2016).

O Supremo Tribunal Federal (STF) adota a mesma linha do STJ:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.002.209. AMAZONAS
RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S) : FABRÍCIO DOS SANTOS DE SOUZA
PROC.(A/S)(ES):DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

DECISÃO: **Vistos.** Fabrício dos Santos de Souza interpõe agravo contra decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRELIMINAR. ART. 385 DA LEI ADJETIVA PENAL. SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE. RESPEITO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DETRAÇÃO DA PENA. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU.

1. O art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Cidadã de 1988, por constituir vertente do próprio sistema acusatório, do princípio do livre convencimento motivado.
2. Sendo o conjunto probatório apto à comprovação da materialidade e autoria delitivas dos crimes de roubo majorado e corrupção de menores, não deve ser acolhido o requerimento de absolvição por insuficiência de lastro probatório.
3. Defere-se o requerimento de detração da pena, por constituir direito subjetivo do réu. Apelação criminal conhecida e parcialmente provida. (BRASIL, STF, 2016).

Como poderia um juízo em tese imparcial, dentro do sistema acusatório, condenar após o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público?

Como sustentado no texto *O artigo 385 do Código De Processo Penal brasileiro e o sistema processual acusatório*¹¹, essa possibilidade legal deveria ser considerada como inconstitucional.

Entretanto, conforme as jurisprudências do STF e do STJ mencionadas acima, o entendimento jurisprudencial majoritário foi pela recepção dessa possibilidade pela Constituição brasileira.

Apesar das decisões dos Tribunais Superiores, é possível encontrar jurisprudências em sentido contrário, como é o caso da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

Apelação Criminal 1.0702.09.565907-5/001

Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho

Data da publicação da súmula 02/07/2012

APELAÇÃO - ROUBO MAJORADO - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

I - Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador.

II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.

III - Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público. (BRASIL, TJMG, 2012).

A decisão do TJMG encontra coro na literatura jurídica:

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e sem o seu pleno exercício, não dá oportunidade de o Estado exercer o poder de punir. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Assim, o pedido de absolvição equivale ao não exercício desse poder, ou seja, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, o juiz por não fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentar sobre

¹¹ Texto publicado na Revista argentina *Pensamiento Penal*, em 2017. Disponível pelo link <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45344-o-artigo-385-do-codigo-processo-penal-brasileiro-e-o-sistema-processual-acusatorio>

elas, não pode o juiz condenar sem que a acusação tenha sido feita. (BARRETO, acesso em 03 de maio de 2020)

No mesmo sentido:

O Sistema Acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação de defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um Juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui há uma separação das funções de acusar defender e Julgar (BRASILEIRO DE LIMA, 2013, p. 4).

Sem prejuízo das divergências jurisprudenciais ou mesmo literárias e sem adentrar na discussão acerca da constitucionalidade ou não do artigo 437, “b” do CPPM, certo é que pela decisão do Supremo Tribunal Federal, ele vigora plenamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Inobstante a previsão legal do artigo 3º-A do CPP estabelecer a estrutura acusatória, ou seja, a estrutura democrática do processo com prevalência do princípio do *in dubio pro reo*, certo é que a legislação processual brasileira, em muitos casos, se afasta do sistema processual acusatório puro, admitindo o princípio *in dubio pro hell* da forma ensinada por Rosa e Khaled Jr. (2017).

É preciso salientar que apesar da lei autorizar que em alguns casos o juiz atue como se *acusação fosse*, o sistema processual brasileiro não pode ser tido como inquisitivo ou misto. O mais adequado é afirmar que se trata de um sistema acusatório impuro ou um sistema pseudoacusatório.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em 2017, reconheceu que o sistema adotado não seria o puramente acusatório:

HABEAS CORPUS Nº 446.896 - SP (2018/0094258-6)
RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA IMPETRANTE:
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADOS :
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689 IMPETRADO : TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : ELIZIARIO BATISTA
BEZERRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. CONDENAÇÃO. INFRAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. ART. 385 DO CPP. PRECEDENTES.

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

"O sistema processual pátrio não adota o sistema acusatório puro. Daí, não há nulidade quando, diversamente do quanto requerido pelo Ministério Público, em alegações finais, o magistrado reconhece a responsabilidade do réu, ou o faz por infração penal mais grave do que aquela que, ao cabo da instrução, entendeu o Parquet por ser a adequada ao comportamento do acusado (HC n. 196.421/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/2/2014). Assim, no caso, não há falar-se em nulidade da condenação do paciente pelo simples fato de o Parquet ter requerido sua absolvição.(HC 407.021/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017)".

Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, STJ, 2017).

O art. 3º-A do CPP aponta que a estrutura seja acusatória. A jurisprudência e a literatura jurídica coadunam com a previsão legal.

Contudo, há previsões legais que autorizam o juiz a atuar em substituição a acusação. Esses dispositivos legais, mesmo questionáveis, são convalidados pela jurisprudência dominante.

Para conciliar essas perspectivas aparentemente contrárias, é possível dizer, então, que o sistema processual penal no âmbito da Justiça Militar pode ser denominado como sendo pseudoacusatório.

Salienta-se, todavia, que o art. 437, "b" do CPPM encontra um espelho na legislação processual comum, mais precisamente, no art. 385 do CPP. Registra-se com isso, que a possibilidade de condenação após um pedido absolutório formulado não é uma especificidade apenas da Justiça Militar, mas do processo penal brasileiro como um todo.

4 CONCLUSÃO

Como exposto durante o trabalho, o artigo 3º-A do CPP comum aponta que a estrutura processual adotada no Brasil seria a acusatória. O referido dispositivo legal encontra fundamentação nas normas trazidas pela Constituição.

Diferentemente da estrutura inquisitiva que prevê a concentração das funções de investigação, acusação e julgamento em uma única pessoa ou órgão e diferente da estrutura mista que mesclaria a inquisitiva com a acusatória, a estrutura apontada no referido dispositivo legal pressupõe a separação das funções de investigar, acusar e decidir.

Quanto à aplicação do art. 3º-A do CPP comum ao processo penal militar, vale a ressalva do art. 3º, "a" do CPPM, que traz a possibilidade de aplicação da legislação processual penal comum como forma de complementação da legislação processual penal militar.

Corroborando com a previsão legal está a literatura jurídica, conforme os apontamentos de Aury Lopes, Brasileiro de Lima, dentre outros.

De uma forma geral, a jurisprudência também aponta o sistema acusatório como sendo o adotado no âmbito processual penal militar, parecendo haver uma convergência de entendimentos entre o legislador, a academia, o operador do direito e o juiz.

Todavia, ao ser constatada a existência de previsões legais que autorizam ao juiz a proferir um decreto condenatório quando há um pedido absolutório do Ministério Público, surge dúvida quanto à pureza acusatória desse sistema.

Tais dispositivos que parecem permitir ao juiz substituir a acusação, se afastam da lógica processual do *in dubio pro reo* e se aproximam do descrito *in dubio pro hell*.

Considerando que o sistema brasileiro não é inquisitivo ou misto, vez que esses modelos sofrem objeções e rejeições pela literatura e pela jurisprudência, conclui-se, ao menos, que a estrutura do processo penal militar é acusatória impura, ou como sugerido, pseudoacusatória, assim como a estrutura do processo penal comum.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Mayara. **O juiz pode condenar quando o Ministério Público pede absolvição?** Disponível em <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2010/07/o-juiz-pode-condenar-quando-o.html>. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRANDÃO, Claudio Bezerra. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Editora Almedina, Coimbra, 2012.

BRANDÃO, Claudio Bezerra. **Teoria Jurídica do Crime**. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2019.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Curso de Processo Penal**. Editora Impetus. Niterói, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Consultada em 15/08/2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 1.658.752. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.658.752&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus nº 404.228. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=HC+404228&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 1.612.551. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1.612.551&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus nº 446.896. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=HC+446896&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Consulta realizada em 03/05/2020. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário com agravo 1.002.209. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281002209%2E%2E%2E+OU+1002209%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9n48bva>. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Apelação criminal 1.0702.09.565907-5/001. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CE5E8334C19B0B08B43F8E26E4F8A63E.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.09.565907-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. nº1358590. Santa Catarina: STJ, 2012. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23112353/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1358590-sc-2012-0267135-2-stj/relatorio-e-voto-23112356> >. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 2293331. São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21558847/habeas-corpus-hc-229331-sp-2011-0310013-8-stj> >. Consulta realizada em 15/08/2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Crime Nº 70052560760, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 19/06/2013) (TJ, 2013). Consulta realizada em 15/08/2022.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4ª edição. Editora Del Rey. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

COLEN, Guilherme Coelho; GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos; OLIVEIRA, Allan Helber de (organizadores). **Direito processual atual**. Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2002.

CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa no processualidade democrática**. Editora Lumen Juris, Belo Horizonte, 2016.

DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/inquisitivos>. Consulta realizada em 15/08/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **A motivação das decisões penais**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: volume I**. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2012.

ROSA, Alexandre de Moraes; KHALED JR. Salah. **In dubio pro hell. Profanando o sistema penal**. Editora EMais, 3ª edição. Florianópolis, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição. Editora JusPodvm, Salvador, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.

VEIGAS, Carlos Athayde Valadares. **Legitimidade democrática da jurisdição constitucional**. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2014.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **O artigo 385 do código de processo penal brasileiro e o sistema processual acusatório**. Revista Pensamiento Penal. 2017. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45344-o-artigo-385-do-codigo-processo-penal-brasileiro-e-o-sistema-processual-acusatorio>

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2018. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3946/pdf>

VILAS BOAS NETO, Francisco José; MAIA, Tomiko Yoshimura Carvalho. **A fundamentação das decisões e o exercício efetivo do contraditório**. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados. 2019. Disponível em <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/527/691>

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A opção do legislador brasileiro pelo modelo processual pseudoacusatório e a vigência do in dubio pro "hell"**. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados. 2021. Disponível em <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/601>

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **Bases para uma teoria antropocêntrica de Direito Penal**. Editora Trevo, São Paulo, 2022.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **Pena: Uma breve história de violência**. Revista Pensamiento Penal, n. 454, Buenos Aires, 2023. Disponível em <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90613-pena-uma-breve-historia-violencia>

