

Cadernos Jurídicos

v.4 - n.1 - 2022

da Faculdade de
Direito de Sorocaba



FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SOROCABANA
FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA



Cadernos Jurídicos da
Faculdade de Direito de Sorocaba

Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba	Ano 4 - n. 1	p. 1 - 187	2022
---	---------------------	-------------------	-------------

FICHA CATALOGRÁFICA

Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba –
Ano IV – n.1 (2022) –Sorocaba; SP: Faculdade de Direito
de Sorocaba, Sorocaba, 2023.

Anual

Início: ano I, n.1 (2017)

ISSNe 2763-5651

1. Direito - periódico. I. Faculdade de Direito de
Sorocaba, Direito.

CDU:34(05)

Brígida Alves de Lima - CRB8/8724

Conselho Superior da Fundação Educacional Sorocabana

Diretoria do Conselho

Dante Soares Catuzzo Junior- Presidente

Iris Pedrozo Lippi

Luiz Antonio Zamuner

Conselheiros

Adriana Tayano Fanton Furukawa

Alexandre de Mello Guerra

Alexandre Ogusuku

Antonio Farto Neto

César Augusto Ferraz dos Santos

Diogo Corrêa de Moraes Aguiar

José Augusto de Barros Pupin

Valdir Euclides Buffo Junior

Welington dos Santos Veloso

Diretor

Prof. Dr. Gustavo dos Reis Gazzola

Corpo Docente

Alexandre de Mello Guerra

Antonio Carlos Delgado Lopes

Bernardina Ferreira Furtado Abrão

Cassio Vinicius Dal Castel V Lazzari Prestes

Celso Naoto Kashiura

Denis Donoso

Eduardo Francisco dos Santos Junior

Fernando Fernandes da Silva

Gilberto Carlos Maistro Junior

Gustavo dos Reis Gazzola

Gustavo Escher Dias Canavezzi

Hugo Leandro Maranzano

Iris Pedrozo Lippi

João Batista Martins César

Jorge Alberto de Oliveira Marum

José Antonio Siqueira Pontes

José Augusto Fontoura Costa

José Eduardo Marcondes Machado

José Francisco Cagliari

Karen Cristina Moron Betti Mendes

Luis Inácio Carneiro Filho

Luis Mauricio Chierighini

Marcelo de Azevedo Granato

Marcelo Valdir Monteiro

Mauro Augusto de Souza Mello Júnior

Monica Miliani Martinez

Oswaldo Akamine Júnior

Paulo Sérgio Domingues

Rubens José Kirk de Sanctis Junior

Roberto de Campos Andrade

William Bedone

Secretária

Daniela de Campos Oliveira

CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

Conselho Editorial

Denis Donoso
Gilberto Carlos Maistro Junior
Gustavo Escher Dias Canavezzi
Karen Cristina Moron Betti Mendes

Editor Responsável

Gilberto Carlos Maistro Junior

Produção Editorial

Normalização Técnica

Brígida Alves de Lima
Karen Cristina Moron Betti Mendes

Criação da Capa / Fotografia

Bruno Mendes

Administrador/Portal

Brígida Alves de Lima
Pedro Sagges Nonato Jacometo

Fundação Educacional Sorocabana

Rua Dr^a. Ursulina Lopes Torres, 123 – Jardim Vergueiro – 18030-103 – Sorocaba/SP
Sítio de Internet – <https://www.fadi.br/portal/>

NOTA DO DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA AO CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

Dirijo-me à comunidade acadêmica para apresentar os Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba. Após as atividades em grupo de pesquisa, os discentes engajados no projeto dedicaram-se à elaboração de trabalhos escritos motivados pelos encontros e discussões estabelecidos nas aulas. Orientados pelos professores, os alunos aprofundaram-se nas leituras e na pesquisa jurisprudencial de modo a desenvolverem temas atuais situados nas diversas áreas do Direito.

Embalados pelas descobertas intelectuais propiciadas pelas primeiras pesquisas e pelo espírito de investigação despertado na faculdade, os alunos produziram seus textos inaugurais. É sobre estes artigos que os presentes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba se voltaram de modo a propiciar a sua divulgação e permitir aos alunos a valorização de seu empenho bem como conferir aos jovens autores o incentivo tão necessário àqueles que iniciam a jornada. De se ressaltar a firmeza de propósito dos nossos alunos, que se lançam na vida intelectual e no estudo de temas atuais e sobre os quais preponderam as interrogações sobre as certezas.

A palavra também é de agradecimento a todos que emprestam suporte editorial e administrativo aos Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba. A coordenação das publicações da Faculdade de Direito de Sorocaba, Cadernos Jurídicos e Revista, é tarefa realizada com a dedicação e capacidade organizacional do Professor Gilberto Maistro. À Brígida, a tarefa de bibliotecária dedicada de conferir forma e atender às exigências das normas técnicas aplicáveis às publicações.

Felicito os autores e desejo-lhes fortuna nas publicações que se seguirão.

Prof. Dr. Gustavo dos Reis Gazzola

Diretor da Faculdade de Direito de Sorocaba

Mestre (PUC-SP) e Doutor (PUC-SP) em Direito

Pós-doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Professor Titular de Direito Penal da FADI Sorocaba

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

gustavo.gazzola@prof.fadi.br

NOTA DO COORDENADOR DOS CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

O incentivo à pesquisa para a identificação dos problemas sociais e das possíveis contribuições do Direito, voltadas à solução daqueles, consiste em uma das missões das instituições de ensino jurídico.

Sendo assim, a Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI), consciente do seu papel nesse processo constante, traz a público mais uma edição dos seus Cadernos Jurídicos, voltados a incentivar o corpo discente no tocante à pesquisa e à publicação dos resultados obtidos, somados a outros trabalhos cuja importância temática mereça destaque e que possam colaborar para o estudo de variados temas de Direito.

A edição é composta tanto por artigos de ex-alunos da FADI, selecionados e indicados à publicação pelos respectivos professores orientadores, dentre os trabalhos decurso apresentados pela turma de 2021, quanto por estudos de profissionais de destaque no mundo do Direito, de modo a permitir o diálogo e o debate sobre diversos temas.

Nesse passo, a atual edição traz a público dez artigos. De início, apresenta as relevantes reflexões do Advogado e Professor, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Coordenador Pedagógico do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Escola Paulista de Direito, sobre tema de extrema importância prática para aqueles que atuam na Justiça do Trabalho: a importância do voto vencido na análise do reenquadramento jurídico dos fatos no Recurso de Revista.

Na sequência, a publicação traz artigo de autoria dos Mestres em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Alina de Toledo Rossi, Denis Donoso, Professor Titular da FADI, e Karen Cristina Moron Betti Mendes, Coordenadora Pedagógica e Professora Titular da Faculdade de Direito de Sorocaba. Os autores tratam das ferramentas de mediação, tema de grande importância no tocante à concretização do respeito a uma das normas fundamentais do processo civil brasileiro, qual seja, a valorização da busca à autocomposição e dos instrumentos para tanto.

A edição atual dos Cadernos Jurídicos da FADI traz, ainda, artigo de autoria da Professora Carmella Dell'Isola, escrito nos tempos da recente pandemia causada pelo coronavírus. A autora é Pós-Doutora em Direito Iberoamericano pela Universidade de Bolonha, na Itália, e em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, na Espanha, Doutora pela PUC/SP, instituição na qual, antes, também obteve o título de Mestre em Direito

Processual Civil. No artigo, apresenta “um olhar sobre a pessoa idosa e o acesso à justiça em tempos de COVID-19”, tema sensível e de interesse geral, merecedor de estudo.

Ainda sobre a resposta do Direito aos desafios trazidos pela COVID-19, o artigo seguinte dessa edição trata da constitucionalidade das medidas de restrição impostas para o enfrentamento da pandemia, especificamente pelo Governo do Estado de São Paulo. Trata-se de trabalho de curso, elaborado sob orientação do Professor Gustavo Escher Dias Canavezzi, pelo bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba, Carlos Fernandes Goes Filho, indicado pelo orientador para essa publicação em iniciativa que caminha no sentido da necessária devolutiva, à sociedade, dos estudos desenvolvidos na FADI.

O tema da violência psicológica às mulheres e o acesso à justiça é objeto do artigo de autoria da Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Stephanie Havir, e sua orientadora, a Professora Carolina Noura de Moraes Rego, Mestre em História pela Universidade de Brasília e Doutora em Função Social do Direito pela FADISP. As autoras trazem à lume questões de mais alta importância, que, por certo, colaborarão nas pesquisas internas e dos demais leitores destes Cadernos.

Daniel Preciado Espitia, egresso da FADI, no artigo seguinte, adentra ao estudo dos Direitos Autorais para tratar do uso de personagens fictícios, em trabalho de curso de Graduação em Direito, orientado, aprovado e recomendado à publicação pelo seu orientador, o Professor Luis Inácio Carneiro Filho.

Logo a seguir, a presente edição dos Cadernos Jurídicos apresentam o trabalho de curso de Graduação em Direito da também egressa da FADI, Julia Mendes de Souza, com o título “Direito Recuperacional e Falimentar: os instrumentos introduzidos pela Lei 14.112/2020 e o exercício da função social da empresa”, também elaborado sob a orientação do Professor Luís Inácio Carneiro Filho.

A egressa da FADI, Josiane Maria Batista Soares, por sua vez, em trabalho de curso de Graduação em Direito orientado pelo seu orientador, Professor Gustavo dos Reis Gazzola, apresenta estudo sobre o perfil genético no qual busca esclarecer se o uso da medida consiste em garantia da coletividade ou em verdadeira afronta a direito individual também garantido na Constituição da República.

O Direito Criminal é objeto de estudo nos dois artigos finais, integrantes deste volume, ambos elaborados como trabalho de Curso de Direito, exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba, sob a orientação, bem como aprovados e recomendados à publicação pelo Professor José Francisco Cagliari.

Amanda Sisti de Souza trata do sistema progressivo de cumprimento de pena e os impactos da Lei 13.964/2019. Já Beatriz Carolina Rodolfo da Mata Monteiro apresenta estudo sobre as penas restritivas de Direito e sua efetividade na promoção da justiça.

Vale destacar que a revisão dos textos coube aos próprios autores, respeitados os entendimentos de cada um, de modo democrático, como há de se dar na busca da produção científica de qualidade. Sendo assim, não representam necessariamente o entendimento da FADI, da sua direção ou dos organizadores desta publicação.

Boa leitura!

Prof. Dr. Gilberto Carlos Maistro Junior

Coordenador dos Cadernos Jurídicos e da Revista da FADI Sorocaba

Mestre (UNIMES) e Doutor (FADISP) em Direito

Professor Titular de Direito Civil da FADI Sorocaba

Advogadogilberto.maistro@prof.fadi.br

NOTA DA COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA E PRODUÇÃO EDITORIAL AO CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

Há mais de seis décadas, a tradicional Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI vem contribuindo ao ensino jurídico de excelência, tendo como um dos pilares de sua metodologia pedagógica o incentivo à pesquisa científica na área do direito, a qual se revela pelo elevado nível da produção jurídico-acadêmica de seus alunos e via de consequência, devolvendo ao segmento de mercado, profissionais do mais elevado nível.

E, dentro da premissa de que o conhecimento deve ser compartilhado, afinal, é o que propicia o desenvolvimento humano e possibilita inclusive o aperfeiçoamento profissional do indivíduo, uma nova edição dos "Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba-FADI", sem dúvidas, não é apenas um legado à comunidade jurídica, mas certamente, uma forma de compartilhar com mais abrangência esse conhecimento.

Assim, é com grande satisfação que trazemos à comunidade jurídica mais uma edição dessa obra, produto da conjugação de esforços, dedicação e empenho de nosso corpo discente e docente, cujo material de pesquisa científica produzido nesta faculdade de direito merece destaque.

Este projeto pedagógico não seria concretizado sem a dedicação do Professores Dr. Gilberto Maistro Júnior, Coordenador deste projeto, e do apoio do Diretor da FADI, Dr. Gustavo dos Reis Gazzola, com os quais tenho a honra de participar dessa nobre missão, como Coordenadora Pedagógica.

E, sendo o presente trabalho, fruto do brilhantismo peculiar da produção jurídica dos acadêmicos de direito desta faculdade, nosso reconhecimento e agradecimento em forma de promoção e divulgação dos trabalhos por meio desse periódico nos torna positivamente orgulhosos e certos de que vimos alcançando nosso objetivo primordial que não seria outro, senão oferecer ao mercado de trabalho, futuros profissionais com sólido saber jurídico e, acima de tudo, seres humanos que contribuindo com o próprio conhecimento, tem também a nobre aptidão de contribuir ao desenvolvimento da sociedade.

A todos que de alguma forma participaram desse projeto e aos que prestigiam esse trabalho, nosso muito obrigado.

Profa. Me. Karen Cristina Moron Betti Mendes

Coordenadora Pedagógica da FADI

Mestre em Direito pela PUC/SP e graduada em Direito pela Fadi Sorocaba

Professora Titular de Prevenção e Resolução de Conflitos da FADI

Advogada, Mediadora e Consultora Jurídica

karenbettimendes@gmail.com

SUMÁRIO

CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA Ano 4 – n.1 - 2022

EDITORIAL

Prof. Dr. Gilberto Carlos Maistro Junior

ARTIGOS

1. **A IMPORTÂNCIA DO VOTO VENCIDO NA ANÁLISE DO REENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS NO RECURSO DE REVISTA**
Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro.....12
2. **FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO**
Alina de Toledo Rossi; Denis Donoso e Karen Cristina Moron Betti Mendes.....20
3. **UM OLHAR SOBRE A PESSOA IDOSA E O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE COVID-19**
Carmela Dell'Isola.....28
4. **A CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO IMPOSTAS PARA O ENFRENTAMENTO DO CORONAVÍRUS, PELO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
Carlos Fernandes Goes Filho.....39
5. **ACESSO À JUSTIÇA POR MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA**
Carolina Noura de Moraes Rêgo e Stéphanie Havir.....62
6. **DIREITO AUTORAL: o uso de personagens fictícios**
Daniel Preciado Espitia.....76
7. **DIREITO RECUPERACIONAL E FALIMENTAR: os instrumentos jurídicos introduzidos pela Lei 14.112/2020 e o exercício da função social da empresa**
Júlia Mendes de Souza.....94
8. **PERFIL GENÉTICO: garantia da coletividade ou afronta a direito individual constitucional**
Josiane Maria Batista Soares.....120
9. **SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA: aplicação e modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019**
Amanda Sisti de Souza.....142
10. **AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUA EFETIVIDADE NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA**
Beatriz Carolina Rodolfo da Mata Monteiro.....167

A IMPORTÂNCIA DO VOTO VENCIDO NA ANÁLISE DO REENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS NO RECURSO DE REVISTA

THE IMPORTANCE OF THE DISSENTING VOTE FOR ANALYSIS OF LEGAL RECLASSIFICATION OF FACTS IN APPEALS FOR HIGHER COURTS

CARLOS AUGUSTO MARCONDES DE OLIVEIRA MONTEIRO¹

RESUMO: O presente artigo visa analisar a possibilidade de utilização dos fatos estampados no voto vencido para análise do correto enquadramento jurídico dos fatos analisados pelo regional para fins de conhecimento do recurso de revista.

Palavras-chave: Voto vencido; Reenquadramento jurídico dos fatos; Recurso de revista.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the possibility of exploiting the facts stated in the dissenting vote, for assessment of the correct legal classification of the facts scrutinized by the state court, for purposes of enabling the admission of the appeal for higher courts.

Keywords: Dissenting vote; Legal reclassification of facts; Appeals for higher courts.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo o artigo 941, § 3º da CLT, o voto vencido integra o acórdão e deverá ser devidamente declarado nos autos:

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

...

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

No processo do trabalho inexistente o quórum estendido, como ocorre na Justiça Comum, em que o julgamento por maioria enseja novo julgamento com um número maior de julgadores. Apesar de inexistir tal procedimento na Justiça do Trabalho, a declaração do voto vencido é necessária, seja por determinação da Lei (dispositivo retro transcrito), aplicável ao processo do trabalho ante a omissão na CLT (artigo 769, CLT), seja por se tratar de um dos consectários do princípio da motivação.

O Tribunal Superior do Trabalho já decidiu de forma reiterada que a não declaração do voto vencido é causa de nulidade da decisão regional. A título de exemplo, seguem abaixo

¹Advogado, mestre e doutor em direito do trabalho pela PUC-SP, coordenador e professor dos cursos de pós-graduação da EPD – Escola Paulista de Direito, ID Lattes: 0247096873246545.

3 decisões neste sentido:

A primeira deles é da lavra do ministro Breno Medeiros², o qual assim fundamenta:

O e. Regional considerou que a juntada das razões do voto vencido no acórdão principal trata-se de uma mera faculdade do julgador, “assegurando-se ao Magistrado, quando vencido, o direito de apresentar, por escrito, justificativa de voto, desde que assim o requeira durante o julgamento ou logo em seguida à proclamação do resultado”.

Todavia, o art. 941, § 3º do CPC, dispõe expressamente que o voto vencido é parte integrante do acórdão principal, inclusive, para fins de prequestionamento da matéria, exigindo-se, portanto, a sua inclusão no voto principal, in verbis:

“Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

(...)

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Assim, ante o disposto no art. 941, § 3º do CPC e tendo o acórdão regional sido publicado na vigência deste, é necessário que os termos do voto vencido conste do acórdão principal, por ser parte integrante deste, notadamente para fins de prequestionamento.

A segunda é da lavra da desembargadora convocada Cilene Ferreira Amaro Santos³, o qual possui a seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA LEI 13.467/2017. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. RECUSA DE JUNTADA DO VOTO VENCIDO. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). A matéria diz respeito ao cerceamento do direito de defesa arguido pela parte reclamante, em razão da ausência de juntada do voto vencido que negava provimento ao recurso interposto pela reclamada e entendia pela manutenção da sentença quanto aos valores indenizatórios arbitrados. O Tribunal Regional entendeu que a decisão da Turma é a que gera a coisa julgada, seja unânime ou majoritária, sendo mera faculdade do Desembargador que divergiu do voto prevalecente em juntar aos autos o voto vencido, caso em que deve registrar tal intenção ao tempo da proclamação do resultado do julgamento em sessão, fato que não ocorreu. O art. 941, §3º, do CPC é claro no sentido de que o “voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”, portanto, exige a juntada do voto vencido como parte integrante do acórdão, inclusive para a finalidade de prequestionamento. O art. 896-A, § 1º, II, da CLT prevê como indicação de transcendência política, entre outros, o “o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”. Como o dispositivo não é taxativo, deve ser reconhecida a transcendência política quando há desrespeito ao entendimento pacificado no Tribunal Superior do Trabalho. O art. 168, III, do RITST, prevê como elemento essencial do acórdão "a fundamentação vencedora e, igualmente, o voto vencido". Considerando a aprovação do regimento interno em sessão do Tribunal Pleno desta Corte, pode-se afirmar que é entendimento pacificado a necessidade de juntada do voto vencido, como parte integrante da fundamentação do acórdão. Transcendência política reconhecida. Demonstrada a violação do art. 941, §3º, do CPC. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

² ARR-1583-70.2016.5.13.0002, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 14/11/2018.

³ RR-1230-90.2016.5.21.0007, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 30/11/2018

A terceira é da lavra da ministra Kátia Magalhães Arruda⁴, que assim fundamenta:

Conforme se extrai do mencionado dispositivo legal, o voto vencido passa necessariamente a ser considerado como parte integrante do acórdão principal, inclusive, para fins de prequestionamento da matéria.

Tal determinação se coaduna perfeitamente com os preceitos estabelecidos pela sistemática processual estabelecida pela Lei nº 13.015/2014, a qual determina ser ônus da parte transcrever todos os trechos do acórdão recorrido que demonstrem a amplitude do prequestionamento da matéria, e, ainda, nesse particular, apresentar impugnação específica demonstrando analiticamente porque o recurso de revista deveria ser conhecido.

Ao contrário do que ocorre com o recurso ordinário, cujo efeito devolutivo é amplo, o recurso de revista tem devolução restrita, motivo pelo qual a nova sistemática recursal (Novo CPC e Lei nº 13.015/2014) impõe à parte o ônus de demonstrar o prequestionamento desejado por meio de teses jurídicas e premissas fático-probatórias constantes, inclusive, no voto vencido, a fim de permitir ao recorrente a oportunidade de buscar enquadramento jurídico diverso daquele emitido pelo voto vencedor na análise da matéria, já que houve divergência de entendimento pelo órgão colegiado de segunda instância.

Diante disto resta analisar se o voto vencido pode ser utilizado para a análise do correto enquadramento jurídico dos fatos.

2. DO REENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS

Em se tratando o recurso de revista de recurso de natureza extraordinária, não se pode falar em reexame de fatos e provas, conforme estabelece a súmula 126 do Tribunal Superior do Trabalho, que possui a seguinte redação:

Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.

A impossibilidade de reexame de fatos e provas é considerado um pressuposto negativo de processamento do recurso de natureza extraordinária, de forma que, se necessária a análise do conjunto probatório e dos fatos controvertidos, inviável o conhecimento do recurso, pois o que se discute em recursos de natureza extraordinária é o direito objetivo e não o direito subjetivo das partes.

Por tal motivo, deve o Tribunal Regional do Trabalho não só expor os fundamentos do seu convencimento, mas também explicitar no acórdão toda matéria fática discutida pelas

⁴ ARR-479-95.2016.5.06.0371, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 23/03/2018

partes de forma a discussão do correto enquadramento jurídico e, portanto, a correta aplicação da Lei no caso concreto, sob pena negativa de prestação jurisdicional.

Este pressuposto encontra-se sedimentado no direito comparado, previsto expressamente no Código de Processo Civil de Portugal e da França, dentre outros países.

Contudo, é importante distinguir “impossibilidade de reexame de fatos e provas” do chamado “reenquadramento jurídico dos fatos”. Este é possível ser apreciado pelo TST.

Reenquadramento jurídico dos fatos nada mais é do que a análise da matéria de direito com base nos fatos estampados no acórdão Regional.

Sobre a questão, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio⁵:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO — MOLDURA FÁTICA — INTANGIBILIDADE — CONSIDERAÇÕES. No julgamento de recurso de natureza extraordinária, há de se distinguir entre o revolvimento de fatos e provas coligidos na fase de instrução e o enquadramento jurídico da matéria contida no próprio acórdão impugnado. A vedação limita-se ao assentamento de moldura fática diversa da retratada pela Corte de origem para, à mercê de acórdão inexistente, concluir-se pelo conhecimento do recurso.

É preciso partir das premissas fáticas probatórias contidas no acórdão regional e não desejar discutir tais premissas, pois o regional é soberano na análise dos fatos e provas. Daí porque, ao TRT é vedado fundamentar de forma genérica como “as provas produzidas nos autos”, mas é importante a fundamentação indicando as provas que conduziram o entendimento ao final consagrado, para possibilitar à parte que discuta o correto enquadramento jurídico daqueles fatos.

Exemplo prático citamos processo julgado pela 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho em que se discutia a validade da PLR paga. Sustentava o reclamante tratar-se de fraude por ter sido paga sem observância dos requisitos exigidos na lei. O Tribunal Regional do Trabalho entendeu que em razão da previsão em norma coletiva, não havia fraude a ser declarada. Contudo, deixou de apreciar fatos essenciais, o que motivou o TST a conhecer do recurso de revista e declarar a nulidade do acórdão regional, em acórdão da lavra da ministra Kátia Magalhães Arruda⁶, sob os seguintes fundamentos:

De igual modo, o TRT, apesar de registrar a alegação da parte já no acórdão de recurso ordinário e de ter sido novamente instado a respeito mediante embargos de declaração, não examinou a alegação de que a reclamada pagou PLR nos períodos em que apresentou prejuízo ou resultado negativo. Além disso, a Corte Regional não se manifestou acerca:

⁵ RE 182555/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ – 24.5.1996

⁶ RR-1000472-74.2016.5.02.0702, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 25/10/2019

a) da alegação de que os acordos de PLR, relativos aos anos de 2012 e 2013, foram celebrados após o início da apuração dos valores devidos; e b) do fato de não terem sido carreados aos autos os acordos de PLR relativos aos anos de 2014 e 2015. Ressalta-se que tais premissas são fundamentais para se perquirir se foram atendidos os critérios e regras pertinentes ao pagamento do PLR.

Ou seja, para que o Tribunal Superior do Trabalho possa analisar o mérito da PLR (no exemplo acima citado) necessário se faz o regional apreciar os fatos incontroversos discutido nos autos, conforme determinou o acórdão do TST.

Em outros julgados, também por negativa de prestação jurisdicional, assim fundamentou o TST:

Nas razões do recurso de revista, o Reclamante argui, preliminarmente, nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sob a alegação de que, mesmo instado a fazê-lo por meio de embargos de declaração, o Tribunal Regional se manteve silente quanto ao exame das matérias objetos dos referidos aclaratórios - juntada de documento novo para comprovação do fato constitutivo de seu direito e comprovação, pela Reclamada, do efetivo fornecimento, controle de uso e qualidade dos equipamentos de proteção, nos termos da Portaria GM nº 3214/1978. Indica, para tanto, violação dos arts. 93, IX, da CF, 832 da CLT e 458, II do CPC, contrariedade à Súmula 8/TST, bem como colaciona arestos para cotejo de teses.

O recurso de revista merece conhecimento.

Há omissão no julgado quando o órgão julgador deixa de analisar questões fáticas e jurídicas relevantes para o julgamento - suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício.⁷

Como se vê, o Regional manteve a improcedência do pedido de pagamento da sétima e oitava horas como extraordinárias com base apenas no que dispõe o Plano de Cargos e Salários, que qualifica o cargo de gerente adjunto como cargo de confiança, além do fato de a reclamante perceber gratificação de função não inferior a 1/3 da remuneração. Não analisou o pedido sob o enfoque das tarefas efetivamente realizadas pela reclamante.

(...)

Destarte, é preciso que o Regional responda aos questionamentos feitos pela reclamante nos embargos de declaração, esclarecendo, a partir das tarefas desenvolvidas pela reclamante como gerente adjunta, sobre a existência ou não de fidúcia especial.

(...)

Tais aspectos fáticos são de suma importância para se definir a natureza jurídica da verba auxílio-alimentação e, em consequência, sua integração ou não ao salário.

Considerando, pois, que o Regional não se pronunciou sobre questões fáticas essenciais ao deslinde do feito, deve ser reconhecida a nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Pelo exposto, conheço do recurso de revista por violação do artigo 93, IX, da CF.⁸

A apreciação de todos os fundamentos se faz necessária não só para que se possa levar ao TST a discussão quanto ao correto enquadramento jurídico dos fatos, mas também, e principalmente, em razão do princípio constitucional do devido processo legal, que exige do Poder Judiciário não só a motivação de suas decisões, bem como a análise sobre todos os fatos e provas existentes nos autos.

⁷ ARR-2028-55.2014.5.02.0070, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 13/03/2020

⁸ ARR-1105-21.2011.5.15.0022, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 26/04/2019.

3. O VOTO VENCIDO NA ANÁLISE DO CORRETO ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Sendo o voto vencido parte integrante do acórdão regional, a discussão que se apresenta é: Pode o voto vencido ser utilizado para análise do correto enquadramento jurídico dos fatos?

A resposta depende do quanto os fatos descritos no voto vencido se identificam com aqueles postos no voto prevalecente.

Se o voto vencido dissocia dos fatos estampados no voto prevalecente, os fatos ali constantes não podem ser considerados válidos para análise do correto enquadramento jurídico. Isto porque, neste caso, a maioria dos julgadores no Regional estabeleceu a questão fática de forma diversa do voto vencido.

Esta tem sido a posição do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se verifica da decisão abaixo transcrita, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais - 1, da lavra do ministro Breno Medeiros⁹:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - HORAS IN ITINERE. DELINEAMENTO FÁTICO DO VOTO VENCIDO DISSONANTE DO VOTO VENCEDOR. PREVALÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA 126 DO TST. Demonstrada contrariedade à Súmula 126 do TST, merece processamento o recurso de embargos. Agravo regimental conhecido e provido. RECURSO DE EMBARGOS - HORAS IN ITINERE. DELINEAMENTO FÁTICO DO VOTO VENCIDO DISSONANTE DO VOTO VENCEDOR. PREVALÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA 126 DO TST. A jurisprudência desta Subseção admite a utilização de fatos consignados no voto vencido, desde que não estejam contrários àqueles delineados no voto vencedor. No caso concreto, verifica-se que a maioria do Colegiado Regional concluiu que “não restou demonstrado pela reclamada que houvesse transporte público regular compatível com horários de entrada e saída do reclamante”, havendo um voto vencido no sentido de que “o reclamante admite que havia transporte público compatível com os horários de início e fim de sua jornada”, cuja premissa fática, contrária àquela adotada pela maioria, foi utilizada para reforma do acórdão regional pela Turma desta Corte. Configura-se, pois, a hipótese excepcional de cabimento do recurso de embargos por contrariedade à Súmula 126 do TST, porquanto a c. Turma procedeu ao exame do mérito, ignorando delineamento fático posto pela maioria do Colegiado regional, insuscetível de afastamento em sede extraordinária. Recurso de embargos conhecido e provido.

No mesmo sentido, diversas outras decisões, das quais destacamos a decisão abaixo transcrita da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do ministro Douglas Alencar Rodrigues¹⁰:

⁹E-ARR-64100-61.2009.5.04.0761, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 28/05/2021.

¹⁰ RR-320-88.2013.5.12.0049, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 04/09/2015.

RECURSO DE REVISTA. 1 (...). 2. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA (BANCO DE HORAS). INVALIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 126/TST). O Tribunal Regional, com base nos elementos probatórios dos autos, concluiu pela validade do sistema de compensação adotado (Banco de Horas), elucidando a correção das informações relativas às horas creditadas e debitadas nos cartões de ponto. Nesse contexto, para acolher a tese recursal de que as anotações constantes dos cartões de ponto, quanto ao regime de compensação, não atendiam ao disposto nas normas coletivas, sendo inválido o regime de compensação e existindo horas extras remanescentes a pagar, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, procedimento, contudo, vedado nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula 126/TST. Convém registrar que as premissas fático-probatórias do voto vencido (transcrito na fundamentação do acórdão) não podem ser consideradas para formulação de novo juízo de mérito, eis que contrárias àquelas fixadas no voto prevalecente. Ademais, os arestos transcritos às fls. 496/498 não se mostram específicos (Súmula 296, I, do TST), porquanto não se referem a premissas fáticas idênticas àquelas constantes do acórdão recorrido. Recurso de revista não conhecido. (grifamos).

Contudo, situação diversa é aquela em que, apesar de haver identidade entre os fatos do voto prevalecente com o voto vencido, este leva em consideração outras premissas capazes de conduzir a conclusão diversa.

É o exemplo do voto vencido que não desconsidera as premissas fáticas do voto prevalecente, mas com base nas mesmas premissas, somadas à outras, chega a conclusão diversa. Neste caso, tais fatos não são contrários àqueles estabelecidos no voto vencedor.

Conforme se verifica da decisão acima transcrita da SDI-1 do TST, se o voto prevalecente estabelece a existência de um fato (no exemplo inexistência de transporte público regular) e o voto vencido estabelece fato diverso (existência de transporte público), prevalece o fato estampado no voto vencedor, não podendo o voto vencido ser utilizado pelo Tribunal Superior para reenquadramento jurídico da questão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, tem-se que a declaração do voto vencido é necessária, devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal, podendo ser utilizada não só para verificação do pressuposto do questionamento mas também para análise do correto enquadramento jurídico dos fatos estampados no acórdão regional quando o que estabelecido no voto vencido não contrapõe os fatos consignados no voto prevalecente.

Não sendo declarado o voto vencido, a parte deverá opor embargos de declaração objetivando a declaração, sob pena de nulidade.

BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Homero. *CLT Comentada.Revista dos Tribunais*, 2021.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Novo Recurso de Revista*. Ltr, 2019.

MONTEIRO, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira. *Recurso de Revista – de acordo com a Reforma Trabalhista*. Lujur, 2020.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. LTr, 2018.

FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO

MEDIATION TOOLS

ALINA DE TOLEDO ROSSI¹

DENIS DONOSO²

KAREN CRISTINA MORON BETTI MENDES³

RESUMO: Uma nova concepção sobre o acesso à justiça traz à tona a necessidade de discussões sobre os meios autocompositivos de resolução de conflitos. O presente trabalho objetiva apresentar algumas técnicas e ferramentas que podem ser utilizadas na mediação de conflitos, com o intuito de aprimorar a atuação do mediador e extrair do procedimento o que melhor ele pode proporcionar às partes envolvidas.

Palavras-chave: Direito; Pacificação; Gestão de Conflitos; Mediação.

ABSTRACT: A new conception of access to justice lead us the need for discussion about methods for conflict resolution. The current study aims to present some techniques and tools that can be used in conflict mediation, aiming to improve the mediator's performance and extract from the procedure what can best provide the parties involved.

Key-words: Rights; Peacemaking; Management of Conflicts; Mediation.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mediação é uma forma de resolução de conflitos bastante difundida nos dias atuais por possibilitar que as próprias partes resolvam seu problema, valorizando a autonomia privada, a autorresponsabilidade e o empoderamento dos indivíduos.

Como figura essencial para a condução dessa técnica temos o mediador, que é o terceiro responsável por facilitar o diálogo e proporcionar um ambiente neutro, propício ao surgimento de ideias que objetivem solucionar, amenizar o conflito ou simplesmente melhorar a comunicação entre os envolvidos. O mediador possui o papel de auxiliar as partes na identificação do conflito e na melhora da comunicação, propiciando um ambiente fértil e apto para que delas mesmas surjam possibilidades de composição.

Dessa forma, é essencial que o mediador se ocupe em desenvolver e aprimorar habilidades necessárias para realização de tal ofício, buscando ampliar seu conhecimento e

¹ Advogada. Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas.

² Mestre em Processo Civil pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Sorocaba.

³ Advogada, Mediadora e Consultora Jurídica. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica/SP. Coordenadora Pedagógica e Coordenadora do Núcleo de Prática da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professora Titular de Prevenção e Resolução de Conflitos da Faculdade de Direito de Sorocaba.

desenvolver técnicas que o tornem cada vez mais apto a lidar com as diversas situações que surgem em um procedimento de mediação.

O presente artigo tem como objetivo abordar aspectos práticos do instituto da mediação, apresentando algumas ferramentas úteis ao desenvolvimento e aprimoramento do mediador, bem como alguns aspectos da dinâmica do instituto que tanto contribui para a melhora na comunicação entre as partes e na pacificação das relações sociais.

2. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE SOLUCAO DE CONFLITOS

O conflito é natural e inerente ao convívio humano. Vontades divergentes, entendimentos que se sobrepõem, direitos contrapostos, a existência das pessoas é permeada por situações que envolvem sujeitos com direitos e obrigações. Daí surge o conflito: da necessidade de escolha entre situações que podem ser consideradas incompatíveis.

Podemos elencar vários métodos aptos a solucionar os mais diversos conflitos. Apresentam-se como formas de resolução a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. De forma bastante resumida, a autotutela, por se tratar de uma resolução imposta unilateralmente por uma das partes, é permitida hoje em dia apenas em ocasiões especiais pelo ordenamento jurídico. A resolução por meios heterocompositivos, dentre os quais aqui mencionamos a jurisdição Estatal e a arbitragem, é possível quando existe uma terceira pessoa que irá analisar o caso concreto e impor uma solução, geralmente por meio de uma sentença. Por sua vez, a utilização de meios autocompositivos, dentre eles a negociação, a mediação e a conciliação, pressupõe uma solução idealizada pelas próprias partes, utilizando-se de sua autonomia privada para determinar os limites de um eventual acordo.

Assim sendo, natural que os profissionais que trabalham com a resolução de conflitos ocupem-se em estudar as diversas formas de resolução para que possam oferecê-las aos conflitantes. O acesso à justiça garantido pela Constituição traz consigo o princípio da adequação, ou seja, deve ser assegurada o acesso para obtenção de uma solução tempestiva, adequada ao conflito em questão⁴.

A mediação, que é a forma de resolução de conflitos objeto do presente estudo, consiste em um procedimento através do qual as próprias partes, auxiliadas por um terceiro neutro, buscam soluções viáveis para resolver a controvérsia. Podemos dizer que o procedimento de mediação proporciona a identificação do conflito, trabalha na retomada da

⁴ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. Seminário Mediação: um projeto inovador. Série Cadernos do CEJ, 22. P. 42 – 50. P. 46.

comunicação entre os conflitantes e estimula a visualização de possíveis soluções.

Conforme indicado pelo Código de Processo Civil, é a medida que deve ser preferencialmente utilizada nos casos em que existe um vínculo anterior entre as partes, devendo o mediador auxiliar os envolvidos na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de forma a proporcionar um ambiente favorável para o restabelecimento da comunicação que possa fomentar a identificação de soluções consensuais que gerem benefícios mútuos⁵.

Em razão da mediação ser a ferramenta adequada para resolução de conflitos de alta complexidade que muitas vezes até mesmo exige que as partes mantenham um relacionamento minimamente cordial após a resolução daquele conflito, é que trata-se de um procedimento extremamente complexo que, nas palavras de Francisco Cahali: “visa a prevenção ou a correção dos pontos de divergência decorrentes da interação e organização humana”⁶. Em assim sendo, é essencial para o desenvolvimento adequado da mediação que o mediador utilize técnicas que possibilitem o maior desenvolvimento possível do potencial que as partes possuem de produzirem soluções benéficas.

3. TÉCNICAS E FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO

A mediação não é atividade meramente intuitiva. Também não se nega que a atuação do mediador depende de uma dose de sensibilidade. No entanto, ainda que detenha conteúdo intuitivo, a mediação de conflitos é uma atividade que demanda conhecimento das técnicas que habilitam o profissional, terceiro e imparcial, a atuar com o êxito esperado. Contar apenas com talento, vocação e dom não é uma postura suficiente nem adequada por parte do profissional⁷.

Como ressalta Francisco José Cahali: “A mediação não deve ser feita sem a capacitação do facilitador. Por mais que uma pessoa tenha habilidade e talento como negociador ou gestor de conflitos, a mediação exige estudo específico, técnicas, experiência, e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento. Repita-se, a capacitação é indispensável à correta utilização deste valioso instrumento⁸”.

Para o desenvolvimento dessa atividade é necessária mudança na forma de dialogar.

⁵ Conforme artigo 165, § 3º, do Código de Processo Civil.

⁶ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 7ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁷ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Pág. 24 – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017.

⁸ IBIDEM.

Menos formal, o procedimento permite dar liberdade às partes para que juntas busquem a construção de um acordo eficaz e duradouro.

Cada procedimento de medição é único. Isso se dá em razão das partes envolvidas e das necessidades que buscam satisfazer através de uma solução consensual. Por essa razão as técnicas podem e devem ser aplicadas pelos mediadores para melhor aproveitamento do tempo e condições das partes.

Assim, é possível afirmar que não há um procedimento padronizado para utilização das técnicas de mediação. A escolha e utilização das técnicas fica a critério do profissional que se dispõe a facilitar a comunicação entre as partes.

Para Petronio Calmon: “A existência de um procedimento pré-fixado, segundo o modelo adotado pelo mediador, não significa, contudo, que a mediação deve desenvolver-se segundo esquemas rígidos, inflexíveis⁹”.

Dentre várias técnicas que podem ser utilizadas no intuito de trazer benefícios aos envolvidos e ao procedimento, algumas podem ser manejadas sem restrições em todos os procedimentos, como a escuta ativa, o rapport, o resumo, a normalização dentre outras.

Inauguramos com a escuta ativa, já que dentre todas as técnicas que podem ser manejadas apresenta-se como uma das mais valiosas. Enquanto ouvir é um ato fisiológico, natural aos que possuem o aparelho auditivo em funcionamento, escuta vem do latim *auscultare*, que significa efetivamente dirigir atenção para o ato de ouvir¹⁰.

Nas palavras de Tania Almeida “O praticante de escuta ativa deve demonstrar interesse pelo que diz seu interlocutor, de forma a lhe possibilitar um sentimento de legitimidade como autor de uma fala e de um conteúdo expresso oralmente¹¹”.

O conflito naturalmente corrompe esse processo de escuta. Dessa forma, a escuta proposta e incentivada pelo mediador possibilita objetiva essencialmente a retomada da comunicação.

A escuta ativa, para ser eficiente, traz a necessidade de o mediador proporcionar tempos de fala isonômicos para ambas as partes. Apenas podemos exercitar a escuta ativa, se o outro tiver tempo para falar, sem interrupções, e puder expressar, em um ambiente de certa forma controlado pelo mediador, suas incertezas, expectativas, mágoas e intenções.

O exercício da escuta ativa pode e deve acontecer durante todo o procedimento a fim

⁹ CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

¹⁰ ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014. P. 240.

¹¹ IBIDEM.

de permitir ao mediador uma atenção e dedicação completa aos envolvidos.

Outra técnica capaz de agregar muitos ganhos ao processo de mediação é a técnica denominada “rapport”. O “rapport” é uma técnica que permite a aproximação das partes com o mediador criando um clima de confiança e credibilidade. Esse clima de confiança é fator indispensável para a atuação de mediador enquanto terceiro facilitador da comunicação.

Orienta-se que um bom “rapport” seja feito no início do procedimento quando da apresentação do mediador a fim de criar um ambiente mais amistoso, diminuir a tensão e principalmente criar um clima de confiança entre as partes e o mediador.

A técnica do resumo pode ser utilizada no início do procedimento ou ao final. Quando utilizada no início do procedimento visa trazer aos envolvidos uma visão simplificada e resumida dos fatos trazidos. Com o intuito de definir o objeto do conflito o resumo é um facilitador em praticamente todos os casos. Não são raras as situações que um resumo adequado dos fatos permite às partes uma visão pontual e delimitada do conflito.

De acordo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça “Após o mediador ter perguntado à última das partes a se manifestar se deseja dizer algo mais, deve ele fazer um resumo de toda a controvérsia até então apresentada, verificando as principais questões presentes, como também os interesses subjacentes juntamente com as partes¹²”.

Outra técnica bastante simples é a normalização. Para a mediação, normalizar é trazer a sensação de normalidade, demonstrar as partes que fatos, situações, necessidades das partes que estão dentro de um padrão aceitável de relacionamentos.

Carlos Eduardo de Vasconcelos ensina que: “Por normalização entende-se a desconstrução de constrangimentos, vergonhas, ou sentimentos outros de desconformidade dos mediados (partes) em relação a estarem eles em situação de conflito. O mediador auxilia os mediados a perceberem que o conflito é algo natural, normal, nada constrangedor, sendo muito apropriado estarem ali buscando uma solução justa¹³”.

Outras técnicas com indicações pontuais devem ser utilizadas com cautela, na medida em que demandam tempo, amplo conhecimento da técnica e habilidades para os possíveis desdobramentos. Como exemplo pode ser citada a técnica do caucus. A técnica do

¹² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma (org.), Manual de mediação judicial. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

¹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas.. 6ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

caucus consiste em realizar reuniões privadas com as partes em busca de obter informações relevantes que possam nortear o mediador na solução dos conflitos.

A utilização da técnica fica a critério do profissional ou a escolha das partes que podem solicitar que sejam ouvidas separadas.

O mediador tem total liberdade de escolha das técnicas que melhor atenda ao procedimento, por essa razão, poderá atuar apenas com sessões privadas reunindo-se com as partes em situações em que já houve um entendimento ou ainda optar por não utilizar a técnica.

Alguns motivos podem levar as partes a preferirem sessões individuais, tais como, a possibilidade de falar sem interrupções, revelação de algum fato sigiloso que pode algum motivo tem receio de revelar a parte adversa, e ainda sentimentos como vergonha, medo, mágoa, raiva entre outros.

De acordo com Tania Almeida, “Espera-se possibilitar um esvaziamento de emoções, sentimentos negativos e queixas, pois a reunião privada propicia que o mediando se manifeste com maior liberdade sobre questões nevrálgicas inerentes ao caso. Esse esvaziamento contribui em muito para a fluidez das reuniões conjuntas uma vez que poupa o outro mediando de escutas provocativas ou de natureza ofensiva que possam comprometer a busca do entendimento¹⁴”.

A técnica do caucus deve ser utilizada com cuidado. O mediador deverá esclarecer às partes como será desenvolvida a fim de evitar qualquer dúvida quanto à imparcialidade do mediador.

4. A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO NA BUSCA DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme mencionamos anteriormente, a mediação consiste em um procedimento extremamente complexo. Se adequadamente conduzido pelo mediador possui ação que reverbera no comportamento dos envolvidos a longo prazo, uma vez que proporciona uma nova forma de visualizar controvérsias, de se comunicar e de se posicionar ante aos conflitos de interesse.

Além disso, a mediação ao proporcionar uma solução confeccionada pelas próprias partes, encontra maior aderência com a realidade por elas vivenciada, o que facilita o cumprimento de obrigações e também evita conflitos futuros.

¹⁴ ALMEIDA, Tania. Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes / Coordenadoras Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

Desta forma, para que seja aplicada coerentemente, com todo seu potencial benéfico, é fundamental a formação adequada e permanente capacitação do terceiro imparcial. A possibilidade do sucesso do procedimento de mediação aumenta quanto maior for a capacidade do profissional no que diz respeito a interpretação da correta da expectativa dos envolvidos, o que irá facilitar o encontro de intenções que poderá satisfazer as partes¹⁵.

A função do mediador é delicada, nas palavras de Manuel de Armas Hernández “El foco principal de la atención del mediador no será el de descubrir y rescatar aportaciones de las partes que permitan unas bases de entente y um acurdo final, sino el de examinar toda la producción de las partes (explicaciones, declaraciones, retos, perguntas...) para reconocer y destacar las oportunidades de transformación que contienen¹⁶”. Assim, para que o mediador consiga efetivamente reconhecer e destacar as oportunidades de transformação que ladeiam o conflito, é necessário conhecer a dinâmica do instituto e estar munido de ferramentas de suporte.

A utilização da técnica adequada, com o preparo ideal do terceiro que a conduz, potencializa o desenvolvimento do instituto e se apresenta como forma viável para resolução de inúmeros tipos de conflitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da nova concepção sobre o acesso à justiça, o profissional que trabalha com resolução de conflitos necessita ocupar-se da compreensão das suas diversas formas de solução, analisando os prós e contras da utilização de cada uma.

O presente trabalho, ao abordar o instituto da mediação, trouxe a apresentação de algumas técnicas e ferramentas que podem ser utilizadas nesta forma de resolução de conflitos com o intuito de aprimorar a atuação do mediador e extrair do procedimento o que melhor ele pode proporcionar as partes envolvidas.

Dessa forma, apresentar de forma resumida algumas das inúmeras ferramentas que podem ser utilizadas pelo mediador foi o nosso objetivo com o presente texto.

Longe de qualquer pretensão em esgotar o riquíssimo tema, procuramos apenas incentivar aos que atuam na mediação a busca constante pelo aperfeiçoamento e melhoria contínua da aplicação das técnicas adequadas. Valorizar a atividade, extraindo dela o melhor

¹⁵ CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 3ª ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

¹⁶ HERNÁNDEZ, Manuel de Armas. La mediación en la resolución de conflictos. Revistes Catalanes amb Accés Obert (RACO). Educar, 2003: núm 32 La gestión del conocimiento.

que pode proporcionar aos envolvidos, certamente é o objetivo daqueles que se propõem a mediar.

E assim, em sendo tão importante para a melhora na comunicação, é que ressaltamos a importância do estudo e da aplicação prática das ferramentas disponíveis para a condução adequada desse procedimento que busca a pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.

ALMEIDA, Tania. *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes / Coordenadoras Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma (org.), *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação; resolução CNJ 125*. 5ª ed. revista e atualizada, de acordo com a lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CALMON, Petrónio. *Fundamentos da mediação e conciliação*. 3ª. ed., Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

HERNÁNDEZ, Manuel de Armas. *La mediación en la resolución de conflictos*. Revistes Catalanes amb Accés Obert (RACO). Educar, 2003: núm 32 La gestión del conocimiento. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/Educar/article/view/20783>. Acesso em 08/11/19.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. P. 24.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. Seminário Mediação: um projeto inovador. Série Cadernos do CEJ, 22. P. 42–50.

UM OLHAR SOBRE A PESSOA IDOSA E O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE COVID-19

CARMELA DELL'ISOLA^{1 2}

1. “ERA MARÇO DE 2020 ... A PANDEMIA”

Medidas rigorosas de quarentena foram adotadas pelos Estados na tentativa de conter a propagação da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2. O primeiro alerta veio do governo chinês, em 31.12.2019, ao identificar uma série de casos de pneumonia de origem desconhecida na cidade de Wuhan. Desde então, a Covid-19 matou milhares de chineses e se espalhou pelos cinco continentes. Em 30.01.2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declara que o surto constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)³, e em 11.03.2020, o órgão caracteriza o surto como uma pandemia.

A Covid-19 se alastra e chega ao Brasil entre fevereiro e o início de março. Diante do elevado grau de contágio, a tendência de a doença gerar complicações graves, internações e mortes, aliada à inexistência de vacinas ou de tratamentos eficazes mobilizou vários setores do governo e diversas ações foram implementadas, incluindo a elaboração de um plano de contingência.⁴ Com base na experiência de outros países, nas recomendações da OMS e em outras evidências, medidas preventivas individuais em prol de uma sociedade solidária e de alcance comunitário estão sendo adotadas para conter a propagação da pandemia – restrições de acesso a locais de convívio, funcionamento de escolas, transporte público, teatros, cinemas, etc - de modo a contribuir no achatamento da curva de transmissão da Covid-19 e “permitir que os governos reforcem seus sistemas públicos de saúde para evitar o colapso.”⁵

¹ Pós-Doutorando em Direito Iberoamericano pela Universidade de Bolonha, Itália. Pós-Doutora em Direitos Humanos, Universidade de Salamanca/Espanha. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação de Processo Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Vice-Presidente da OABSBC.

² Artigo publicado no ebook “Vulneráveis e acesso à justiça em tempos de crise”. Ed. Foco, 2020.

³ Conforme Regulamento Sanitário Internacional, constitui o mais alto nível de alerta. Disponível: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso: 15.05.2020.

⁴ Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19 Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública | COE-COVID-19. Ministério da Saúde Secretaria de Vigilância em Saúde, 2020. Disponível: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso: 15.05.2020.

⁵ BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *A responsabilidade civil em tempos de COVID-19: reflexões sobre a proteção da pessoa idosa*. In, *Coronavirus e Responsabilidade Civil. Impactos Contratuais e Extracontratuais*. Coord. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Nelson Rosenvald. Roberta Densa. São Paulo: Ed. Foco. 2020.

Os desafios são imensos e medidas mais severas são recomendadas e adotadas⁶ na tentativa de minimizar e conter as trágicas consequências da pandemia. Na intervenção legislativa, no Brasil identificamos a Lei nº 13.979, de 06.02.2020, que trata das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus - isolamento, quarentena, realização compulsória de testes e exames e administrativos (requisição de bens e serviços e dispensa de licitação); a Portaria nº 188/GM/MS, de 04.02.2020, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN); a Portaria Interministerial 5, de 17.03.2020, dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979/2020, e, também, estabelece a responsabilização civil, administrativa e penal (art. 3º); o Decreto Legislativo nº 06/2020 reconheceu o estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000. “Em meados de março, os Governos estaduais e municipais passaram a adotar as medidas mais severas que incluíram o isolamento ou distanciamento social e o fechamento de fronteiras intermunicipais, em alguns casos.”⁷

Os efeitos sistêmicos do novo coronavírus e seus impactos na área econômica tendem a aprofundar as desigualdades sociais no Brasil e desafiam a proteção dos vulneráveis. Os idosos se enquadram no grupo de risco de complicações e de morte pela Covid-19. As pessoas com 60 anos ou mais tendem a ter imunidade mais baixa que a média da população e necessitam de precauções adicionais. Especialmente vulneráveis ao novo coronavírus, os idosos – ao lado de pessoas não idosas com comorbidades - figuram no topo das prioridades do poder público nas ações de combate à doença. Observam Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Mônica Anselmo de Amorim que em “números absolutos apresentados pelo Ministério da Saúde no Boletim COE-COVID-19 publicado em abril de 2020, há um total de 61.888 casos confirmados e 4.205 óbitos. 72% (setenta e dois por cento) desses óbitos referem-se a pessoa idosa que apresentava pelo menos um fator de risco. A cardiopatia foi a principal comorbidade associada e esteve presente em 945 dos óbitos, seguida de diabetes (em

⁶ Tais como isolamento ou distanciamento social, fechamento de fronteiras intermunicipais, em alguns casos.

⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia*. Disponível: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/517/396>. Acesso em: 15.05.2020.

734 óbitos), pneumopatia (187), doença renal (160) e doença neurológica (159).”⁸

Os dados são alarmantes. As consequências devastadoras da Covid-19 reclamam atenção, cuidados e medidas estratégicas de enfrentamento epidemiológico pelas autoridades de saúde, e também uma atuação do Estado no sentido de proteger particularmente os grupos vulneráveis como no caso dos idosos. As medidas de proteção desafiam os planos de contingenciamento que devem alcançar desde os idosos que estão sozinhos em casa em plena pandemia sem ninguém para ajudá-los até os que vivem em Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) em que há alta vulnerabilidade e grande risco de ocorrência de um contágio em massa.

Além de equacionar a questão da saúde, outros desafios também se agravam neste período pandêmico e colocam os idosos em risco. Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt, Lisiane Capanema Silva Bonatelli e Anderson Abreu de Carvalho observam que “... viralizaram em redes sociais, maciçamente utilizadas nos tempos de distanciamento social, com uso de áudios, vídeos, figuras envolvendo idosos em diversas formas. Predominou a ênfase nas dificuldades de comportamento e adequação ao distanciamento, insuflando interpretações de idosos reticentes, teimosos e desobedientes. Também houve ênfase na relação geracional, com destaque para o cuidado da criança, com limitações impostas durante esta fase da vida, sendo neste momento pandêmico as limitações transferidas como ‘vingança’ aos idosos. Além de ações de desprezo, xingamentos, ofensas e humilhações. É oportuno destacar que algumas destas atitudes por diversas vezes eram desenvolvidas pelos próprios familiares.”⁹ O quadro potencializa a violência, maus-tratos, abandono, descaso, preconceito, discriminação e outros incutidos contra a pessoa idosa.¹⁰ O secretário-geral das Organização das Nações Unidas alerta que “a pandemia está colocando as pessoas mais velhas em maior

⁸ In, *Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia*. Disponível: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/517/396>. Acesso: 15.05.2020.

⁹ In, *Caminho da esperança nas relações envolvendo os idosos: um olhar da complexidade sob pandemia do Covid-19*. Disponível:

file:///C:/Users/carmela/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/281-Preprint%20Text-389-1-10-20200505%20(1).pdf. Acesso: 19.05.2020.

¹⁰ “Estima-se que um entre seis idosos ao redor do mundo vivenciam alguma forma de violência (OMS, 2020). Levantamento feito pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos revelou que, no ano passado, o Disque 100 registrou um aumento de 13% no número de denúncias sobre violência contra idosos, em relação ao ano anterior. As violações mais comuns foram a negligência (38%); a violência psicológica (26,5%), configurada quando há gestos de humilhação, hostilização ou xingamentos; e a violência patrimonial, que ocorre quando o idoso tem seu salário retido ou seus bens destruídos (19,9%). A violência física figura em quarto lugar, estando presente em 12,6% dos relatos levados ao Disque 100. O ministério informa que, em alguns casos, mais de um tipo de violência foi cometido e, portanto, comunicado à central. Desde o início da pandemia o número de denúncias de violações contra idosos aumentou no Brasil.” Disponível: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/04/Saúde-Mental-e-Atenção-Psicossocial-na-Pandemia-Covid-19-violência-doméstica-e-familiar-na-Covid-19.pdf>. Acesso: 16.05.2020.

risco de pobreza, discriminação e isolamento”, com severo impacto potencialmente sobre as pessoas idosas nos países em desenvolvimento.¹¹

As circunstâncias excepcionais decorrentes da Covid-19 colocam os idosos em situações de extrema vulnerabilidade e desafiam o respeito à vida, à autonomia da vontade, à integridade, ao “dever de cuidado e o direito prioritário à saúde, com base em seu melhor interesse”.¹² Além disso, a falta de recursos, a escassez de leitos hospitalares e respiradores para atender a todos os pacientes graves podem levar médicos, em momento extremado, a fazerem “escolhas difíceis para decidir a quem salvar”, baseadas “na suposição de que alguém, quase sempre mais jovem, tem mais chances de sobreviver do que o outro.”¹³

Ainda que em contexto algum, inclusive de pandemia, nenhuma vida humana seja descartável. Os idosos têm os mesmos direitos que qualquer pessoa - à vida, à saúde, entre outros -, de modo que todas as respostas sociais, econômicas e humanitárias devem considerar as necessidades deste grupo, compreendendo o respeito à liberdade, à integridade e à dignidade.

2. A TUTELA JURÍDICA DO IDOSO E O ACESSO À JUSTIÇA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,¹⁴ dispõe de forma generalizada que toda pessoa tem direito à saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, serviços sociais indispensáveis e segurança, inclusive em caso de velhice. O idoso, enquanto sujeito de direitos, encontra proteção pelo rol – fluido e aberto – de direitos humanos elencados na respectiva carta. As Assembleias Mundiais sobre Envelhecimento realizadas em Viena (1982) e Madri (2002), embora não possuam caráter vinculativo, incluem compromissos dos governos para instaurar medidas de enfrentamento dos desafios pelo envelhecimento no século XXI. O Protocolo de San Salvador, de 1988, por sua vez, dispõe que toda pessoa tem direito de proteção especial na velhice, cabendo aos

¹¹ Disponível: <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-documento-com-recomendacoes-para-protetger-idosos-durante-pandemia/>. Acesso: 18.05.2020.

¹² Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020, p. 3-20.

¹³ Segundo Christian Salaroli, médico italiano. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/09/coronavirus-na-italia-como-na-guerra-temos-que-decidir-quem-salvar.htm> Acesso: 19.05.2020.

¹⁴ “Artigo 25. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

Estados adotarem também outras medidas protetivas que se destinem a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.¹⁵

Os direitos da pessoa idosa foram contemplados no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação do texto constitucional de 1988, em que se reconhece o idoso como sujeito de direitos. A Constituição Federal prevê diretrizes de proteção e defesa da vida, do bem-estar e da dignidade das pessoas de mais idade, além de estabelecer a responsabilidade solidária entre a família, a sociedade e o Estado em salvaguarda dos direitos dos idosos.¹⁶ A Lei nº 8.842/1994, que instituiu a Política Nacional do Idoso (PNI), tem como objetivo garantir os direitos sociais ao idoso “criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.”¹⁷

O processo normativo regulador da proteção integral da pessoa idosa no Brasil culminou com a aprovação da Lei 10.741/2003, denominada de Estatuto do Idoso. Documento formal mais completo para a cidadania desse segmento populacional,¹⁸ o Estatuto do Idoso, com o intuito de “regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”,¹⁹ reafirma os princípios constitucionais que garantem ao cidadão, indistintamente, direitos que preservem a dignidade da pessoa humana, sem distinção de origem, raça, sexo, cor ou idade. Assegura o direito a uma velhice digna ao proporcionar à pessoa idosa a prevenção de ameaça ou violação aos seus direitos que, de acordo com o artigo 2º “goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” Abalizada na proteção integral, o Estatuto proclama o princípio da prioridade do idoso e lhe assegura o “atendimento em primeiro plano das garantias fundamentais, dada a sua condição de fragilidade que a vida reserva para todos nós.”²⁰

¹⁵ Artigo 17, Protocolo de San Salvador.

¹⁶ Artigos 229 e 230, Constituição Federal.

¹⁷ Artigo 9º, Lei nº 8.842/1994.

¹⁸ GOLDMAN, Sara Nigri; FALEIROS, Vicente de Paula. *A pessoa idosa como sujeito de direitos: cidadania e proteção social*. Disponível: <http://docplayer.com.br/10249942-2-a-pessoa-idosa-como-sujeito-de-direitos-cidadania-e-protecao-social.html>. Acesso: 18.05.2020.

¹⁹ Artigo 1º, da Lei nº 10.741/2003.

²⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Fundamentos principiológicos do estatuto da criança e do adolescente e do estatuto do idoso*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n. 1, abr./jun., 1999, p. 28.

O idoso como pessoa de vulnerabilidade potencializada necessita de uma proteção especial. O princípio do melhor interesse²¹ concretiza o direito personalíssimo ao envelhecimento²² e assegura o chamado “envelhecimento ativo”, definido como “o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas”²³. Assegura a esta camada da sociedade “... o bem-estar físico, psíquico e social ao longo do curso da vida, com a garantia de plena participação social em igualdade de condições de liberdade e dignidade de acordo com suas necessidades, desejos e vontades, sem abandonar o cuidado, segurança e proteção vitais na fase do envelhecimento.”²⁴

O Estado brasileiro consagra em seu ordenamento jurídico o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais a todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos e ascende na proteção integral à pessoa idosa. Todavia, ainda existem dificuldades na efetivação desses direitos que se potencializam e se evidenciam em tempos de pandemia. O momento impõe a necessidade de se reafirmar o direito à igualdade²⁵ e à liberdade²⁶ prestigiados pelo legislador a considerar a condição pessoal de cada um.

As medidas protetivas do Estatuto do Idoso²⁷ são aplicáveis sempre que os direitos nele referidos forem ameaçados ou violados. O legislador disciplina a respeito das questões de proteção²⁸ que devem ser analisadas individualmente a depender do estado físico e mental de cada idoso. “Importante também lembrar que medidas restritivas da liberdade (incisos V e VI) carecem de ordem judicial. Agora, se temos um idoso plenamente capaz, não há como vedar a ele que, por exemplo, faça por si mesmo suas compras. O poder público pode, obviamente, recomendar isolamento ou aplicar multa administrativa, acaso prevista para o descumpridor, mas vedar seu direito de ir e vir é ilegal.”²⁹

²¹ Artigo 8º, Lei nº 10.741/2003.

²² Artigo 8º, Lei nº 10.741/2003.

²³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Envelhecimento ativo: uma política de saúde*. Trad. Suzana Gontijo. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005, p. 13. Disponível: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso: 19.05.2020.

²⁴ BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *A proteção das pessoas idosas e a pandemia do covid-19: os riscos de uma política de "limpa-velhos"*. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/324904/a-protecao-das-pessoas-idosas-e-a-pandemia-do-covid-19-os-riscos-de-uma-politica-de-limpa-velhos>. Acesso: 19.05.2020.

²⁵ Artigo 2º, Estatuto do Idoso.

²⁶ Artigo 10, § 1º, Estatuto do Idoso.

²⁷ Artigo 43, Estatuto do Idoso.

²⁸ Artigos 44 e 45, Estatuto do Idoso.

²⁹ BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. *Cidadania do idoso em tempo de Covid-19*. Disponível: <http://www.mppr.mp.br/2020/03/22452,15/Cidadania-do-idoso-em-tempos-de-Covid-19.html>. Acesso: 19.05.2020.

Deste modo, o Estatuto do Idoso, como instrumento para o acesso à justiça, destaca que todas as espécies de ação pertinentes são admissíveis para a defesa dos interesses e direitos dos idosos.³⁰ Além de estabelecer garantias de proteção específicas em busca da tutela, o diploma dispõe amplo rol de legitimados para resguardar os interesses da pessoa idosa, dos quais destacamos o Ministério Público que, na área cível, é responsável pelo cumprimento do diploma no âmbito coletivo, em casos individuais quando houver situação de risco e daqueles institucionalizados.³¹

É com base na garantia constitucional de acesso à justiça³² que se depreende a concretização destes direitos, de modo a exigir que sejam efetivamente respeitados e assegurados. O acesso à justiça – o mais básico dos direitos humanos - é requisito fundamental “... de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.”³³ A sua eficácia se confirma pela validação do direito com respostas que guardem respeito aos padrões dos direitos humanos, culminando no acesso aos mecanismos de solução de conflitos³⁴ que também representem meios adequados ao sistema de justiça. O acesso à justiça, em uma ampla concepção, disponibiliza aos idosos instrumentos e garantias para o exercício do seu direito, no atual momento de Covid-19.

3. IDOSO: acesso à justiça em tempos de covid-19

O catálogo de direitos dirigido à pessoa idosa e o seu direito de acesso à justiça não se excepcionam em tempos de Covid-19. Observa Rosana Beraldi Bevervanço que em “... um contexto de pandemia, não se justifica o desrespeito às garantias e direitos dos idosos. Ao mesmo tempo em que a autonomia da vontade e a plena capacidade civil do idoso devem ser observadas, há que se resguardar o interesse coletivo à saúde pública, analisando-se as

³⁰ Art. 82, Estatuto do Idoso.

³¹ Art. 74 e segs, Estatuto do Idoso.

³² art. 5º, XXXV, Constituição Federal.

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10-11.

³⁴ “ A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.” Cf., WATANABE, Kazuo. *O acesso à justiça e a sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 1-13.

situações de forma individual e aprofundada. ”³⁵ Ao teor, jurisprudência e medidas administrativas tratam dos direitos do idoso em tempos de pandemia.

O isolamento social para evitar a propagação do coronavírus é uma questão enfrentada pelos idosos, já colocada em juízo. No Rio Grande do Norte, por exemplo, o juiz de primeira instância da Comarca de Luiz Gomes/RN³⁶ concedeu a tutela de urgência pretendida por um idoso de 92 anos para afastar seu filho da casa onde moram porque este não cumpre as recomendações das autoridades sanitárias para evitar o contágio do coronavírus. Noutro, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁷, em sede de tutela antecipada recursal, restringiu a convivência presencial de parentes com uma mulher de 82 anos, vítima de AVC, para ser exclusivamente virtual. A medida foi concedida pelo Desembargador Relator Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, em março de 2020, a favor de filhos, netos e nora da idosa, para que o contato entre eles fosse mantido “por meio telefônico e chamadas por videoconferência, por qualquer aplicativo (Skype, WhatsApp, Messenger e etc.)”. O Relator fundamenta sua decisão no fato de que “... uma ruptura radical no convívio familiar pode gerar outras consequências danosas às pessoas idosas, como sentimento de tristeza, abandono e depressão, o que também deve ser considerado pelo julgador.”

Enquanto no primeiro caso (Rio Grande do Norte) a iniciativa de postular em juízo partiu legitimamente do idoso de forma autônoma, no segundo (Rio de Janeiro) a decisão não faz referência se a idosa está sob curatela ou, em condições para ser ouvida, pudesse emitir sua opinião a respeito do que se pleiteia. Aliás, há uma omissão quanto a oportunidade dela se manifestar. Assim, preocupa que esta decisão tenha sido tomada sem que a idosa tivesse participado embora reunisse condições de exprimir sua vontade.

Noutro episódio, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu liminar para suspender Decreto Municipal nº 17.334, de 23.03.2020, de Santo André, no que restringe o acesso de idosos aos ônibus durante a pandemia de Covid-19. Ação Civil Pública foi proposta pelo Ministério Público sob o fundamento de que a norma fere os direitos e as liberdades dos idosos, pois, segundo o Desembargador Relator, Marrey Uint, ao “...

³⁵ BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. *Cidadania do idoso em tempos de Covid-19*. Disponível: <http://www.mppr.mp.br/2020/03/22452,15/Cidadania-do-idoso-em-tempos-de-Covid-19.html>. Acesso: 19.05.2020.

³⁶ Autos do processo nº 0800370-79.2020.8.20.5120. Vara única da Comarca de Luiz Gomes, Rio Grande do Norte.

³⁷ Agravo de Instrumento nº 0015225-60.2020.8.19.0000. Agtes.: Márcia Souto de Souza, Marisa Rodrigues Souto, Clarivaldo Rodrigues Souto, Maria de Fatima Felício Araújo, Magna Souto de Souza. Agdo. Wagner Rodrigues Souto e Cátia Rodriues Souto Souza. Relator: Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, 7ª Câmara Cível, TJ/RJ, j. 18.03.2020.

determinar a cassação de direito tão básico, em virtude da declarada pandemia, está-se em verdade, e a princípio, privando os idosos mais vulneráveis de modalidade comum de acesso aos locais e aos serviços que tanto necessitam para sua sobrevivência, em disparidade com todo o restante da população.”³⁸ O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli,³⁹ confirma suspensão do Decreto e, desta forma, assegura o direito de ir e vir das pessoas idosas em tempo de coronavírus no Município, levando em consideração a autonomia da vontade deste grupo que necessita do transporte público para se locomover.

O acesso à justiça se contempla também pela atuação administrativa do Ministério Público dos Estados de São Paulo⁴⁰ e do Paraná⁴¹, por exemplo. Em março de 2020, os órgãos disponibilizaram junto às suas Promotorias de Justiça medidas de cuidado importantes para prevenir a disseminação do coronavírus entre os idosos que residem em instituições de Longa Permanência de Idosos (ILPIs).

A realidade presente abriu espaço para novos e urgentes litígios. Ainda que se apresentem situações complexas, o momento pandêmico não justifica o desrespeito dos direitos das pessoas idosas, ainda que reputadas como grupo vulnerável. O acesso à justiça, como requisito fundamental, garante ao idoso a busca de uma tutela adequada, eficiente e eficaz, que se compatibilize com ordenamento jurídico. A dignidade humana do idoso deve ser colocada a salvo, de modo a garantir as condições existenciais mínimas que possibilitem a efetivação das potencialidades da pessoa durante a sua velhice, ainda que em momento de coronavírus.

CONCLUSÃO

A doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, a Covid-19, tem dado margem a severas consequências nas mais diferentes ordens. Entre os grupos reputados vulneráveis, estão as pessoas idosas que reclamam atenção, cuidados, medidas estratégicas de

³⁸ Agravo de Instrumento Ad Processo nº 2062129-12.2020.8.26.0000. Rel. Des. Marrey Uint, 3ª C. Direito Público. Agte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agrda.: Prefeitura Municipal de Santo André, j. 03.04.2020.

³⁹ Suspensão Provisória 175 São Paulo. Reqte.: Município de Santo André. Reqdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Benf.: Ministério Público do Estado de São Paulo.

⁴⁰ Disponível: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=22374957&id_grupo=118. Acesso: 19.05.2020.

⁴¹ Disponível: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/2020/03/22438/MPPR-recomenda-a-ILPIs-de-todo-o-estado-cuidados-com-idosos.html>. Acesso: 19.05.2020.

enfrentamento epidemiológico pelas autoridades de saúde e atuação do Estado à proteção dos seus direitos e garantias.

A pandemia trouxe modificações na vivência dos idosos assim como de toda a sociedade. Em meio a orientações, diretrizes e decretos para o distanciamento social, não há que se pensar em criar espaços para se permitir a regressão das conquistas do ser humano idoso. Os direitos e garantias deste grupo da população devem ser respeitados e propagados ainda que diante da complexidade e das dúvidas provocadas pela Covid-19.

Envelhecer requer tratamento digno. O Estatuto do Idoso, na esteira da Constituição Federal, impõe à sociedade, ao Estado e à família zelar pela proteção integral a que tem direito a pessoa idosa. Em capacidade natural de agir, a autonomia da vontade deve ser preservada e todo cuidado e assistência devem ser dispensados à pessoa idosa, ainda que em um contexto pandêmico.

O direito fundamental de acesso à justiça é o caminho para efetivar as normas protetivas dos idosos quando violadas ou ameaçadas. Pelo fundamento da dignidade humana, a Constituição Federal garante ao idoso o pleno acesso à justiça – o mais básico dos direitos humanos -, e o transporta em igualdade de condições em busca da tutela pretendida. O acesso do idoso a uma ordem jurídica justa respeita todas as garantias e realiza os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Ainda que, num quadro de incertezas que se consolida em virtude da crise da pandemia do novo coronavírus, a tutela dos direitos das pessoas idosas constitui requisito fundamental para a democracia, o exercício da cidadania e a dignidade humana à esta população envelhecida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios*. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020.

_____; ALMEIDA, Vitor. *A responsabilidade civil em tempos de COVID-19: reflexões sobre a proteção da pessoa idosa*. In, *Coronavírus e Responsabilidade Civil. Impactos Contratuais e Extracontratuais*. Coord. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Nelson Rosenvald. Roberta Densa. São Paulo: Ed. Foco. 2020.

_____. *A proteção das pessoas idosas e a pandemia do covid-19: os riscos de uma política de "limpa-velhos"*. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de->

vulnerabilidade/324904/a-protecao-das-pessoas-idosas-e-a-pandemia-do-covid-19-os-riscos-de-uma-politica-de-limpa-velhos. Acesso: 19.05.2020.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. *Cidadania do idoso em tempo de Covid-19*. Disponível: <http://www.mppr.mp.br/2020/03/22452,15/Cidadania-do-idoso-em-tempos-de-Covid-19.html>. Acesso: 19.05.2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOLDMAN, Sara Nigri; FALEIROS, Vicente de Paula. *A pessoa idosa como sujeito de direitos: cidadania e proteção social*. Disponível: <http://docplayer.com.br/10249942-2-a-pessoa-idosa-como-sujeito-de-direitos-cidadania-e-protecao-social.html>. Acesso: 18.05.2020.

HAMMERSCHMIDT, Karina Silveira de Almeida; BONATELLI, Lisiane Capanema Silva Bonatelli; CARVAÇLHO, Anderson Abreu de Carvalho. *Caminho da esperança nas relações envolvendo os idosos: um olhar da complexidade sob pandemia do Covid-19*. Disponível: [file:///C:/Users/carmela/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/281-Preprint%20Text-389-1-10-20200505%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carmela/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/281-Preprint%20Text-389-1-10-20200505%20(1).pdf). Acesso: 19.05.2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia*. Disponível: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/517/396>. Acesso: 15.05.2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Fundamentos principiológicos do estatuto da criança e do adolescente e do estatuto do idoso*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n. 1, abr./jun., 1999.

WATANABE, Kazuo. *O acesso à justiça e a sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO IMPOSTAS PARA O ENFRENTAMENTO DO CORONAVÍRUS, PELO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CARLOS FERNANDES GOES FILHO¹

RESUMO: A crise sanitária provocada pelo vírus do covid-19 trouxe a necessidade de o Estado impor restrições ao direito de reunião, visando preservar a saúde pública. No estado de São Paulo, foram impostas restrições às aglomerações, seja elas como forma de manifestação, comemorações em bares e restaurantes etc. Ocorre que na Constituição da República a única hipótese para restrição ao direito de reunião é com a decretação do estado de defesa ou estado de sítio, o que não ocorreu. Desta forma, há de se questionar a constitucionalidade dessas restrições observando o Pacto Internacional pelos Direitos Civis e Políticos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o dever constitucional do estado é preservar a saúde pública, o princípio da presunção de constitucionalidade e a própria necessidade de interpretar a constituição conforme a necessidade da realidade social.

Palavras chave: Covid-19; Coronavírus; Direito de reunião; Restrições; Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O vírus da covid-19 transformou radicalmente a realidade do Brasil, alterando, inclusive, a estrutura jurídica de determinadas regulamentações, além de alterar a realidade social e econômica em diversas frentes. No presente artigo analisaremos a constitucionalidade das medidas de restrições impostas pelos Governo do Estado de São Paulo, para combater o contágio da doença, mais especificamente o direito de reunião à luz da decretação do estado de defesa e de sítio, previsto na constituição em seu artigo 136 e seguintes. É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que o direito de reunião somente pode ser cerceado com a decretação excepcional destes mecanismos. Todavia, percebemos que as restrições são impostas através de decretos regulamentares, editados pelo governador do estado sem qualquer observância às disposições constitucionais mencionadas. Na verdade, tal questão sequer foi arguida à Suprema Corte, de modo que não pode-se analisá-la friamente conforme a literalidade da constituição, mas sim avaliar a abrangência do direito de reunião, as implicações de umas e outras restrições, suas finalidades e seu fundamento jurídico legal, corroborado pelas necessidades sanitárias e pelo próprio dever constitucional de o Estado preservar a saúde, aliado a mesma garantia prevista no rol do artigo 5º da Carta Política.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O coronavírus é um vírus causador de inúmeras enfermidades e possui alta

¹Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Artigo elaborado sob orientação do Profº Gustavo Escher Dias Canavezzi, publicado após aprovação do Trabalho de Curso.

capacidade de contaminação. A mais comum é pelo próprio ar através de partículas emitidas pelo contaminado, como a saliva e secreções respiratórias.

O vírus se disseminou no Brasil, onde os primeiros casos foram registrados em meados de fevereiro. O Governo Federal então sancionou a Lei 13.979 de 2020, publicada em 6 de fevereiro de 2020, traçando medidas para enfrentamento da covid-19.

Através do Decreto do governo federal nº 10.282 de 2020, definiu-se quais categorias eram consideradas essenciais, para fins de restrição.

Em razão desta alta taxa de contaminação, a ONU – Organização das Nações Unidas – declarou a covid-19 como pandemia, em 11 de março de 2020.

Ato contínuo, o governo do estado de São Paulo, através do Decreto nº 64.881 de 13 de março de 2020, decretou quarentena em todo o estado, consistente em medidas de restrição de atividades para evitar a disseminação do vírus da covid-19, regulamentando o artigo 2º, inciso II da Lei Federal 13.979 de 2020, restringindo o atendimento presencial a diversos setores econômicos, bem como consumo local em bares, restaurantes, padarias e congêneres.

Mais especificamente no Brasil, foi decretado o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 6 de 2020, publicado no Diário Oficial da União em 20 de março de 2020.

Com o agravamento da pandemia, foi-se editado o decreto nº 65.545 de 2021, prorrogando as medidas de restrições e recomendando “que a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite ao desempenho de atividades essenciais, em especial no período entre 20 horas e 5 horas”.

Por fim, contextualizando, este artigo tratará da constitucionalidade das medidas de restrição impostas através dos decretos mencionados, mais especificamente a recomendação de recolhimento, (decreto nº 65.545 de 2021), proibição de reunião, concentração ou permanência de pessoas em espaços públicos (art. 2, inciso III, decreto 65.563 de 2021) e restrição de atividades comerciais não consideradas essenciais (art. 2º, Decreto 64.881 de 2020), à luz das disposições constitucionais acerca do estado de defesa e do estado de sítio.

2. DOS ESTADOS DE EXCEÇÃO

O estado de exceção pode ser definido como uma situação de grave perturbação da ordem constitucional vigente, quando o estado da normalidade é severamente ameaçado em razão de uma situação excepcional.

Neste caso, o próprio ordenamento jurídico prevê mecanismos legais, cujo poder do

estado se sobrepõe ao próprio direito, a fim de evitar o seu flagelo. Trata-se de evidente dicotomia, onde, nas palavras de Gouveia¹, para se obter o equilíbrio constitucional, é preciso dele por momentos prescindir.

Pedro Lenza² aponta que os mecanismos constitucionais que tratam do estado de exceção, deve respeitar o princípio da temporariedade e da necessidade, isto é, deve se utilizar destes mecanismos em último caso, quando outros instrumentos não mais bastarem e por momento devidamente fixado, sob pena de se caracterizar arbítrio, golpe de estado ou uma ditadura.

Canotilho anota que apenas agressão com fortíssima intensidade, nas palavras dele:

“Somente a agressão (potencial ou efetiva) à ordem constitucional, e de modo grave, ou seja, com fortíssima intensidade, é que autoriza a decretação dos estados de defesa ou de sítio. Violações pontuais e de gravidade relativa devem encontrar resposta adequada nos mecanismos ordinários de proteção da Constituição, do Estado e das instituições democráticas (controle de constitucionalidade, intervenção, emprego das forças armadas ou dos órgãos de segurança pública etc.).”³.

Outro importante princípio é o da excepcionalidade, quando nenhuma outra medida ordinária seja capaz de impedir a crise, neste sentido destaca também Canotilho: “A excepcionalidade das situações de crise grave exige que não haja outros meios mais adequados, menos gravosos, para debelar a crise, e que são preferíveis em relação às medidas de exceção”.⁴

Portanto, não basta para a decretação do estado de defesa, que exista um local atingido por calamidade de grande proporção na natureza, mas que os princípios da necessidade, temporariedade e excepcionalidade sejam devidamente observados.

Ou seja, que tais restrições sejam definidas de acordo com um critério temporal, com início e fim; que somente o estado de exceção seja o instituto apto a tratar de tal situação; bem como, que não exista outro meio para sanar tal crise.

¹GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de exceção no Direito Constitucional*. Leya, 2020. p. 15.

²LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Digital. (1 recurso online). (Esquematizado). ISBN 9788553619306. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619306>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 1.017.

³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). (IDP). ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553602377>. Acesso em: 15 jul. 2021. p. 1686.

⁴Ibidem. p. 1683.

2.1. Breve Histórico do Estado de Exceção no Brasil

Nas palavras de Godoy⁵, foram quatro os momentos que mais marcaram a história do Brasil, com relação a utilização dos instrumentos constitucionais nos estados de exceção. São eles: a ditadura de Floriano Peixoto, o golpe do Estado Novo, camuflado por Getúlio Vargas como planos de combate a integralistas e a comunistas, e as duas grandes intervenções militares de 1964 e de 1968.

Todos esses períodos possuem em comum a justificativa de salvação da estrutura estatal, em razão de uma crise institucional iminente, que poderia colapsar o Estado. Porém nenhuma dessas crises se deu em razão de epidemias ou surtos de doenças.

Na realidade, essas experiências se deram por motivos históricos correlatos ao seu período, vejamos:

No Governo de Floriano Peixoto, onde o Brasil vivenciava grandes mudanças com a consolidação da República, onde especificamente, eram experimentadas revoltas de grupos favoráveis ao ex-presidente Deodoro da Fonseca, denominando-se revoltas deodoristas.⁶

Na ocasião do golpe do Estado Novo, os grupos revoltosos dos tenentes e dos comunistas se uniram visando a Assembleia Nacional Constituinte, contra o então governo do Getúlio Vargas. Estes grupos foram eliminados após o Getúlio Vargas acionar o estado de emergência por diversas vezes, como na edição do decreto nº 702 de 21 de março de 1936.⁷

O golpe militar de março de 1964, instituído em razão da ascensão de João Goulart, teve sua a sua manutenção realizada através de diversos Atos Institucionais e normas complementares, que cassaram direitos políticos, suspenderam habeas corpus, decretaram a dissolução do Congresso Nacional etc.

Percebe-se que as maiorias destes períodos tiveram como estopim do conflito e do acionamento dos mecanismos para lidar com estado de exceção, conflitos necessariamente políticos. Bem da verdade é que estes períodos devem para todos os fins, serem considerados como estados de exceção, por serem fatos jurídicos de situações de anormalidade da estrutura constitucional.

⁵ DE MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio. *O estado de exceção na experiência constitucional brasileira*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 8, n. 3. p. 286-302.

⁶ SAES, Guillaume Azevedo Marques de. *A República e a espada: a primeira década republicana e o florianismo*. 2005. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

⁷ GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O estado de exceção no Brasil republicano*. Revista Direito e Práxis, v. 8, p. 1760-1787, 2017.

Observa-se também outra similaridade entre estes momentos históricos, todos culminaram em períodos de grave instabilidade política e/ou foram instrumentos para transição e imposição de um novo regime governamental.

2.2. Procedimento do Estado de Exceção

Atualmente a constituição prevê para tratar de estados de exceção, a decretação de estado de defesa e estado de sítio, respectivamente. Esta matéria é tratada nos artigos 136 a 139 da Constituição Federal.

Para a decretação do estado de defesa é necessário que a ordem pública esteja ameaçada devido a grave e iminente instabilidade institucional ou por calamidades de grandes proporções na natureza; já o estado de sítio poderá ser decretado em razão de (a) comoção grave de repercussão nacional; (b) ocorrências de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada no estado de defesa; (c) declaração de estado de guerra (d) resposta a agressão armada estrangeira, nos termos da Constituição Federal.

Anteriormente à decretação do estado de sítio é necessário que o estado de defesa seja decretado, conforme denota-se da dicção do artigo 137, inciso I, parágrafo 1º, parte.

Portanto, vamos abordar o procedimento necessário para a decretação do estado de defesa, vejamos:

A competência para a decretação do estado de defesa é do Presidente da República, após a oitiva do conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional (art. 136, CF).

Se dá através de decreto, este que deverá determinar o tempo de sua duração - durante 30 dias, prorrogáveis por uma vez, por igual período (§2º, art. 136) -, a localidade, e as medidas de restrição aplicáveis.

As restrições aplicáveis são ao direito de reunião, sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica; há também de ocupação de locais, bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, conforme destaca o §1º, inciso I e II, do art. 136 da CF.

Após a decretação do estado de defesa, o Presidente da República deverá submeter o ato à apreciação do Congresso Nacional dentro de 24 horas. O Congresso, por sua vez, decidirá acerca da continuidade ou não do estado de defesa, dentro de 10 dias (§6º, art. 136, CF), por maioria absoluta. Na hipótese de rejeição, imediatamente o estado de defesa cessará, conforme prescreve o §7º, art. 136 da CF.

Com relação ao estado de sítio, o Presidente, após ouvidos os conselhos, irá solicitar fundamentadamente (Parágrafo único, art. 137 da CF) autorização para a sua decretação ao Congresso Nacional, que o deverá fazê-lo por maioria absoluta de votos (art. 167, caput). Após a aprovação, o Presidente da República deverá nomear o executor das medidas previstas no decreto (art. 138, caput).

O decreto deverá prever o prazo, nos casos do inciso I do artigo 137, não poderá ser mais de 30 dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; na hipótese do art. 137, inciso II, o decreto vigorará enquanto perdurar a ameaça ou agressão estrangeira.

A medidas coercitivas podem incluir: obrigar a permanência em localidade determinada; detenção em estabelecimento diferente dos condenados por crimes comuns; restrições sobre a inviolabilidade das correspondências, comunicações, informações à imprensa, radiodifusão, televisão; suspensão do direito de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção em empresas de serviços públicos; requisição de bens, conforme prescreve o art. 139 e seus incisos.

Tem-se, portanto, que a decretação do Estado de Exceção, por primeiro reconhece a situação anormal experimentada e autoriza o Estado a adotar medidas excepcionalíssimas e coercitivas.

Notadamente, pode-se observar que os direitos individuais que mais sofrem neste caso são o de sigilo e o da liberdade de reunião.

Isto porque a maiorias das medidas coercitivas previstas vão de encontro a estas garantias, consideradas direitos de primeira geração - onde o Estado deve se abster de praticar determinados atos em favor das liberdades individuais, no Estado de Exceção o estado teria o direito de agredir tais direitos, em favor da ordem constitucional.

A agressão é de tamanho vulto, que decretadas as medidas coercitivas, o Estado está apto a aplicá-las, independentemente de regulamentação por Lei, pois gozam de aplicabilidade imediata.

Conclui-se, portanto, que a decretação do estado de exceção pressupõe grave crise institucional e autoriza o Estado a tomar medidas duríssimas contra direitos fundamentais, a fim de se preservar a paz e a ordem social.

3. DO DIREITO DE REUNIÃO

Destacamos por ora o direito de reunião, que, notadamente é um dos que mais sofre com estas medidas excepcionais. A fim de conceituar, é importante definir do que se trata o direito de reunião.

Para todos os fins, a Constituição Federal entende que é direito de todos reunir-se pacificamente, independentemente de autorização oficial, desde que não frustrem outra reunião marcada anteriormente, conforme disposto no artigo 5º, inciso XVI da CF.

Trata-se de direito fundamental, protegido constitucionalmente sob o manto da cláusula pétrea, tamanha a sua importância. Está intimamente ligado à liberdade de expressão, neste sentido o voto do Excelentíssimo Ministro Ayres Brito em seu voto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274.

“Por fim, tenho que o direito de reunião, na forma em que concebido pela Constituição, constitui direito fundamental e cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV). Isso porque a dignidade da pessoa humana alcança também a dimensão da conjunção humana de esforços, de inteligências, de energias, de idéias e de ideais, exatamente porque tal interação é de molde a concretizar com mais eficácia ainda o princípio daquela inata dignidade. Com suas naturais e robustas projeções no campo da cidadania, sabido que cidadania é qualidade do cidadão, e cidadão é o ativo habitante da cidade, naquele sentido de Cidade-Estado, que não é centro senão o da originária pólis grega. Esse espaço aberto de primárias relações jurídicas entre governados e governantes, tão presentes no encarecido direito de reunião.”

Denota-se que o direito a reunião seria um direito meio para a concretização da própria liberdade de pensamento. Este sim é o direito de reunião protegido pela Constituição.

Mera aglomeração fortuita e comemorações festivas sem fundamento cultural não estão protegidas pelo artigo quinto da Constituição.

Canotilho com a idéia de que a reunião, protegida constitucionalmente, carrega em seu âmago uma finalidade em comum, seja ela política, religiosa, filosófica ou artística, vejamos:

“O agrupamento, para figurar uma reunião, deve ainda ostentar um elemento teleológico, consistente na existência de uma finalidade a atrair as pessoas no mesmo espaço. O objetivo pode ter como meta a exposição de convicções ou a afirmação de uma posição de cunho político, religioso, artístico ou filosófico. Por isso também, não há reunião constitucionalmente protegida numa fila de supermercado. O agrupamento de pessoas, no direito à reunião, é necessariamente transitório, passageiro – traço que revela o elemento temporal do conceito do direito básico”⁸.

Tal direito é extremamente importante, pois é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, podendo ser afirmado que trata-se de um direito orgânico deste tipo de organização política.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). (IDP). ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553602377>. p. 330.

O Supremo Tribunal Federal, oportunamente decidiu que tal direito somente poderia ser suprimido pelo governo com a decretação do Estado de Defesa ou Estado de sítio na ocasião do julgamento da ADI 4.274/DF:

“4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV).”

Importante assinalar que tal ação visava analisar o uso do §3º, artigo 33 da Lei 11.343/2006, como fundamento judicial para proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes. Ficou decidido que tal fundamento iria ferir o direito de reunião, constitucionalmente protegido.

Inobstante, cabe mencionar que o direito a reunião não se expressa somente com a junção física de pessoas em uma mesma localidade, tal agrupamento pode ocorrer de forma on-line, dentro de automóveis e, até mesmo, cada um dentro de sua residência⁹.

Diante de todo o exposto, podemos conceituar como sendo o direito de reunião a junção de pessoas com um fim em comum, seja ele político, cultural ou religioso.

3.1 Das restrições tomadas pelo Governo do Estado de São Paulo para restringir a contaminação da covid-19

É cediço que a aglomeração de pessoas é um dos principais fatores que contribuem para a propagação do vírus da Covid-19. Diante disto, o Governo do Estado de São Paulo regulamentou o art. 3º, inciso II da Lei 13.797/2020, editando uma série de decretos. Neste artigo vamos dar atenção especial ao §1º do art.8-A do Decreto 64.994/2020, adicionado pelo decreto 65.540/2021.

Dispõe o decreto:

Artigo 8º-A - O descumprimento do disposto neste decreto sujeitará o infrator, conforme o caso, às penalidades previstas nos incisos I, III e IX do artigo 112 da Lei nº 10.083, de 23 de setembro de 1998 - Código Sanitário do Estado, sem prejuízo do disposto na Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor e nos artigos 268 e 330 do Código Penal
§ 1º - Para os fins do disposto neste artigo, a Polícia do Estado de São Paulo poderá determinar a dispersão de aglomerações, sempre que constatar reunião de pessoas capaz de aumentar a disseminação da Covid-19.

⁹ O comentário geral nº 37/2020 editado pela Organização das Nações Unidas entende claramente como direito de reunião aquelas ocorridas “ao ar livre, reuniões dentro de casa e online; em espaços públicos e privados; ou uma combinação dos mesmos. Essas reuniões podem assumir muitas formas, incluindo manifestações, protestos, assembleias, procissões, comícios, manifestações, vigílias à luz de velas e flash-mobs.

Notadamente tal decreto foi editado em momento crítico da pandemia e conferiu a Polícia do Estado de São Paulo a faculdade de dispersar aglomerações capazes de aumentar a disseminação da Covid-19.

Para fins de abrangência, deve-se considerar como causadora de aglomeração desde reuniões fortuitas à agrupamento em bares, casas noturnas e até mesmo aquelas aglomerações efetuadas em razão do direito de reunião já mencionado.

Em maio de 2021 a Polícia Militar do Estado de São Paulo criou um comitê específico para cumprir tais obrigações de dispersar aglomerações - o Comitê Blitze. Segundo a PM/SP foram 1.559 ações de dispersão e 115 registros de aglomeração em todo o estado durante o último toque de recolher, das 21h de sexta às 5h de sábado. Somente na capital, houve 297 dispersões e 34 aglomerações coibidas por policiais.¹⁰

Em junho de 2020 a Polícia Militar do Estado de São Paulo utilizou a tropa de choque e jatos d'água foram utilizados para dispersar manifestantes na capital do Estado de São Paulo Mesmo antes da edição do decreto 65.540/2021 as forças policiais já utilizavano seu efetivo para coibir aglomerações capazes de causar disseminação da Covid-19.

Tal dispositivo apenas regulamentou e legitimou legalmente tais ações, permitindo à própria organização militar verificar a conveniência e a necessidade das dispersões de aglomerações.

Notadamente, impedir aglomerações não seria possível sem a ação da Polícia Militar, que conta com a estrutura necessária para tais situações. Uma ocasião específica que ilustra bem esta situação é no primeiro dia do ano de 2021, quando a polícia militar, legitimada pela decretação do estado de quarentena (Decreto 64.881 de 22 de Março de 2020), dispersou banhistas das praias de Bertioga usando bombas de efeito moral.¹¹

Citam-se os dados acima apenas para confirmar que as medidas fixadas em sede de decretos de fato foram cumpridas por parte dos órgãos governamentais.

Inobstante, têm-se, portanto, que a edição desses decretos criaram uma espécie de sistema, conhecido como Plano São Paulo, que definem fases de transição, que vão desde a vermelha (mais restritiva) a verde.

¹⁰ PORTAL DO GOVERNO. Força-Tarefa do Governo de SP registra 1,6 mil ações de fiscalização nesta sexta. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/forca-tarefa-do-governo-de-sp-registra-16-mil-aco-es-de-fiscalizacao-nesta-sexta-2/> . Acesso em: 12 set. 2021.

Todos eles calcados na regulamentação da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, ao dispor sobre medidas para o enfrentamento da citada emergência, incluiu a quarentena (art. 2º, II), a qual abrange a “restrição de atividades [...] de maneira a evitar possível contaminação ou propagação do coronavírus”, conforme percebemos da exposição de motivos do Decreto 64.881/2020.¹²

Não apenas este motivo, mas a recomendação do Centro de Contingência do Coronavírus, instituído pela Resolução nº 27, de 13 de março de 2020, prevê a necessidade de tais medidas, visando diminuir o contágio da covid-19.

O papel do Centro de Contingência do Coronavírus é informar sobre a necessidade de aumentar as restrições e analisar o momento mais adequado para abrandá-las, de acordo com o critério científico mais abalizado. Tanto é que com a edição dos decretos, observa-se nas exposições de motivos, as notas técnicas emanadas pelo referido comitê.

Tal órgão é constituído por técnicos, cientistas e profissionais da Saúde, observando os dados e as implicações biológicas do vírus, atendo-se inclusive às mutações do covid-19 e seu potencial de contágio.

O Plano São Paulo estabelece diretrizes e separa por regiões geográficas, determinando em qual fase os municípios podem se adequar. E assim foi, nos momentos em que a pandemia piorava, os dados sobre internações e ocupação de leitos de UTI subiam, a taxa de contaminação se elevava, o governo do estado de São Paulo se usava de seu aparelho para impedir o direito de reunião em determinadas situações.

¹¹PODER 360. Polícia de São Paulo usa bombas de efeito moral para dispersar pessoas na praia. Disponível em: [ps://www.poder360.com.br/brasil/policia-de-sao-paulo-usa-bombas-de-efeito-moral-paradispar-pessoas-na-praia/](https://www.poder360.com.br/brasil/policia-de-sao-paulo-usa-bombas-de-efeito-moral-paradispar-pessoas-na-praia/). Acesso em: 12 set. 2021.

¹² Exposição de motivos do decreto 64.881/2020: “Considerando a Portaria MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, por meio da qual o Ministro de Estado da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Novo Coronavírus; Considerando que a Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, ao dispor sobre medidas para o enfrentamento da citada emergência, incluiu a quarentena (art. 2º, II), a qual abrange a “restrição de atividades [...] de maneira a evitar possível contaminação ou propagação do coronavírus”; Considerando que, nos termos do artigo 3º, § 7º, inciso II, da aludida lei federal, o gestor local de saúde, autorizado pelo Ministério da Saúde, pode adotar a medida da quarentena; Considerando que nos termos do artigo 4º, §§ 1º e 2º, da Portaria MS nº 356, de 11 de março de 2020, o Secretário de Saúde do Estado ou seu superior está autorizado a determinar a medida de quarentena, pelo prazo de 40 (quarenta) dias; Considerando o disposto no Decreto federal nº 10.282, de 20 de março de 2020, em especial o rol de serviços públicos e atividades essenciais de saúde, alimentação, abastecimento e segurança; Considerando a recomendação do Centro de Contingência do Coronavírus, instituído pela Resolução nº 27, de 13 de março de 2020, do Secretário de Estado da Saúde, que aponta a crescente propagação do coronavírus no Estado de São Paulo, bem assim a necessidade de promover e preservar a saúde pública; Considerando a conveniência de conferir tratamento uniforme às medidas restritivas que vêm sendo adotadas por diferentes Municípios”.

3.2 Da constitucionalidade das medidas de restrições impostas pelo Governo do Estado de São Paulo

Analisando os fatos expostos no tópico anterior, define-se que, de fato, essas restrições implicaram no direito de reunião em partes.

Sobre o direito de reunião é importante repisar, que não só a junção física de pessoas com um único fim, por um mesmo motivo, é o que representa tal garantia. Atualmente é possível exercer tal direito de forma virtual, com reuniões on-line, o próprio agrupamento virtual de pessoas que se juntam visando um fim também é o direito de reunião; carreatas dentro de automóveis também; até mesmo bater panelas representa o exercício de tal direito, vez que quando os manifestantes o fazem, possuem um único objetivo comum.

Os exemplos de reunião mencionados acima não propagam o vírus e são formas legítimas de reunião, constitucionalmente resguardadas e amparadas.

Verifica-se, portanto, que as ações do governo, muito embora em determinadas situações o direito à reunião tenha sido ferido, não foi totalmente tolhido, de modo que os cidadãos continuam a exercê-lo, porém de forma distinta.

Mesmo assim, em razão da situação pandêmica em que vivemos e, considerando a mutabilidade da constituição federal e a sua necessidade de acompanhar a realidade social, devemos avaliar se tais restrições foram justas e legítimas, trazendo a nossa discussão não somente os estados de exceção, mas outras formas jurídicas relevantes.

Sob este aspecto, é importante destacar que temos diversos direitos constitucionais em colisão, o direito de reunião, direito à saúde por parte do cidadão e o dever do estado de preservar a saúde e, em último plano, não menos importante o direito à vida.

Somam-se, atualmente, que foram mais meio milhão de vidas perdidas em razão da doença causada pelo vírus da covid-19.¹³

Tal doença impactou em crises nas mais diversas esferas, dentre elas econômica, social - com a volta do Brasil no Mapa da fome¹⁴ - e principalmente sanitária. Indiscutível é o fato de que a mesma doença poderia causar crises institucionais, vez que com os hospitais lotados, leitos de UTI sem qualquer vaga, o estado, enquanto estrutura jurídica/administrativa sofre com tal pressão.

É neste cenário, visando conter o crescimento da crise sanitária causada pela covid-19, que foi-se editada a Lei 13.797/2020, a fim de impor diretrizes específicas para conter o avanço deste vírus.

3.3 Do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341

O Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADI 6341, definiu que tanto a União, estados e municípios possuem legitimidade concorrente para legislar sobre o assunto, sendo que um não pode impor medidas menos restritivas que os outros.

Podemos verificar que o estado agiu como verdadeiro guardião da garantia fundamental à saúde pública, em face ao que dispõe a Constituição Federal acerca do seu dever de promover a saúde.

É neste sentido que a decisão foi fixada, vejamos:

“O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde”.

Sob este prisma o conflito entre as normas constitucionais é evidente e para esta discussão é importante destacar que nenhum direito é absoluto, de modo que a mais pura hermenêutica da constituição há de definir qual deve prevalecer.

Sobre este tema, Dworking oportunamente define tal conflito, vejamos:

“Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero [...]”¹⁵

Consoante à realidade social em que o país experimentava com a crise sanitária da covid-19, foi que o STF interpretou a constituição, permitindo que todos os entes federados legissem de forma comum para a melhor realização do direito à saúde.

Consoante à realidade social em que o país experimentava com a crise sanitária da covid-19, foi que o STF interpretou a constituição, permitindo que todos os entes federados legissem de forma comum para a melhor realização do direito à saúde.

Não podemos julgar que o direito de saúde foi fixado em total detrimento do direito de reunião, uma vez que este último continua a ser exercido, desde que respeitados os protocolos sanitários e/ou de forma a evitar o contágio do coronavírus.

¹³ PORTO, D.; BAPTISTA, S.; ESPINA, R. Brasil ultrapassa 500 mil mortes por covid-19. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/06/19/brasil-ultrapassa-500-mil-mortes-pode-covid-19.htm>. Acesso em: 12 set. 2021

¹⁴ REDE PENSSAN. VIGISAN Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Olhe Para A Fome. 2021. 66 p. Disponível em: http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

Muito embora, na referida decisão o direito à reunião não seja explorado com a devida atenção, verifica-se a interpretação da constituição em conformidade com a realidade social e a necessidade de existir um arcabouço jurídico relevante, a fim de legitimar tais restrições.

Tal decisão, conforme já exposto, se deu à luz das necessidades e prioridades sociais para impedir o contágio da covid-19.

Quanto a isto, cabe mencionar que a constituição não é documento frio e rígido à realidade social, sabe-se que a nossa constituição é classificada como rígida - pois precisa de um procedimento legislativo complexo para alterá-la -, mas não é insensível às demandas sociais.

Destaca-se, que a constituição dispõe sobre o poder de interpretá-la e desenvolvê-la de acordo com os costumes constitucionais, sobre isto o próprio Ministro Barroso já se manifestou vejamos:

“A conclusão a que se chega é a de que além do Poder Constituinte Originário e do poder de Reforma constitucional existe uma terceira modalidade de Poder constituinte: O que exerce um caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Esta terceira via já foi denominada pelo célebre publicista Francês como Poder Constituinte Difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por uma via representativa pelos órgãos do Poder Constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais”¹⁶

No que pese o Supremo Tribunal Federal já ter se posicionado, registrando que o direito à reunião somente poderia ser suprimido no caso de decretação do estado de defesa, agora fixou o entendimento de que todos os entes federados possuem competência para impor restrições de ordem física às reuniões, de modo a combater a disseminação do coronavírus.

Ocorre que a primeira se deu em um cenário social totalmente distinto dos que nos encontramos atualmente, não sendo ético, tampouco justo, trazê-lo à baila e suscitar contradição do STF.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553617562. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553617562>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 141.

Naquele julgamento, era avaliada a constitucionalidade da utilização da norma contida no §3º, artigo 33 da Lei 11.343/2006, como fundamento judicial para proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes. Ou seja, a decisão foi fixada em outro contexto social, analisando outros pressupostos constitucionais, mais especificamente o próprio direito à liberdade de expressão.

Deste modo, é verificado que não somente em estado de exceção pode o direito de reunião ser tolhido, mas também para proteger a saúde pública em tempos de covid-19, de modo que o STF, ao distribuir as competências entre os entes federados o fez interpretando a constituição de acordo com a realidade social da pandemia de covid-19.

3.3.1 Do artigo 21 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Apenas para que não reste dúvidas é importante consignar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592, de 6 julho de 1992).

Tal pacto internacional foi devidamente acolhido pela Constituição Cidadã de 1988, de modo que lhe foi conferido o *status supralegal*, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária, paralisando-a no que for em sentido contrário.

Por ter acolhido o referido pacto, foi-se conferida eficácia jurídica a tal norma. Importante mencionar isto porque o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 21 apregoa o seguinte:

“O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, **ou para proteger a saúde** ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

Recentemente, enquanto o Mundo ainda presenciava o aumento do coronavírus, a ONU editou o Comentário Geral nº 37/20 acerca do Pacto Internacional de Direito Civil e Político, estabelecendo critérios sobre a restrição ao direito de reunião.

Tal documento tece comentários acerca do mencionado Pacto. Verificamos, portanto, que em casos de crise sanitária o Estado deve impor restrições quanto ao exercício ao direito de reunião implicar potencial contaminação de um vírus, como é o caso da covid-19.¹⁷

Verifica-se, da leitura do referido documento jurídico, que o Estado não possui apenas a faculdade de impor restrições ao direito de reunião, mas possui o dever de impô-las em favor da saúde pública.

Não se questiona tal fundamento legislativo, porquanto, conforme já mencionado, a adesão ao pacto internacional confere a norma o *status supralegal*, ou seja, tal dispositivo está

abaixo da constituição e acima das legislações ordinárias.

Notadamente, o poder executivo está totalmente atrelado ao princípio da legalidade, isto é, a edição de normas e políticas públicas devem observar estritamente a Lei. O poder público somente está autorizado a realizar determinado ato se este estiver explicitamente previsto em Lei.

Com a restrição do direito de reunião não seria diferente, além da Lei Federal nº 13.979/2020, há o artigo 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que confere expressamente o direito do Estado restringi-lo em favor da saúde pública.

Outrossim, se está expressamente previsto em Lei, mesmo em norma internacional adotada pelo Estado, não podemos tê-lo como simples faculdade do ente público, mas sim como efetivo Poder-Dever.

O axioma da Lei, interpretando enquanto avaliamos a atuação do poder público, converge para definir as restrições como um dever do Estado em preservar a saúde pública.

Há, portanto, fundamentação supralegal que corrobora com a edição das normas que restringiram o direito de reunião em prol de preservar a saúde pública.

3.3.2 Da constitucionalidade das restrições à luz da decretação do Estado de Defesa

Um ponto crucial neste artigo é que analisamos apenas a regulamentação do governo do Estado de São Paulo e a validade constitucional das restrições ao direito de reunião imposto pelo ente estadual, à luz do instituto do estado de defesa e de sítio.

Portanto, quando o governo federal impõe restrições ao direito de reunião, além de fazê-lo impondo apenas contra possíveis reuniões que propiciem o contágio da covid-19, preservando as demais modalidades (virtuais) e respeitando aquelas que cumpram os protocolos sanitários, conforme dispõe o item 10 do comentário Geral da ONU nº 37/20, vejamos:

“A maneira como as reuniões são conduzidas e seu contexto muda com o tempo. Isso pode, por sua vez, afetar a forma como são abordadas pelas autoridades. Por exemplo, dado que as tecnologias de comunicação emergentes oferecem a oportunidade de se reunir totalmente ou parcialmente online e muitas vezes desempenham um papel integral na organização, participação e monitoramento de reuniões físicas, o que significa que a interferência com essas comunicações pode impedir as reuniões. Embora as tecnologias de vigilância possam ser usadas para detectar ameaças de violência e, assim, proteger o público, elas também podem

¹⁷ Dispõe o item 45 do Comentário Geral 37/2020 da ONU o seguinte: A proteção do terreno de “saúde pública” pode permitir, excepcionalmente, a imposição de restrições, por exemplo, quando há um surto de uma doença infecciosa e os encontros são perigosos. Em casos extremos, isso também pode ser aplicável quando a situação sanitária durante uma reunião apresentar um risco substancial à saúde do público em geral ou dos próprios participantes.”

infringir o direito à privacidade e outros direitos dos participantes e espectadores e ter um efeito inibidor. Além disso, há um aumento da propriedade privada e outras formas de controle de espaços e plataformas de comunicação acessíveis ao público. Considerações como essas precisam informar uma compreensão contemporânea do arcabouço legal que o artigo 21 exige.”

Muito embora, nesta seara constitucional o direito à saúde prevaleça, o direito de reunião não foi reprimido em sua totalidade, apenas podou-se as arestas daquelas que podem causar contaminação pelo coronavírus. Sob este aspecto, tem-se que tais restrições são constitucionais, pois preservam a garantia fundamental da saúde, estando devidamente fundamentado em legislação supralegal e ordinária.

Em contraponto, muito embora caracterize a covid-19 como grave calamidade provocada pela natureza, capaz de causar crise institucional, considerar como única saída, para validar a imposição de restrições, a decretação do estado de defesa e/ou de sítio, após a leitura da letra fria da constituição, estaríamos desconsiderando todo o Poder Constituinte Difuso e as demais legislações.

Não é correto analisar a constituição como instrumento rígido, de modo que a imposição deste tipo de restrição visando impedir o contágio da covid-19 é totalmente constitucional.

Não se exclui a possibilidade constitucional de se decretar o estado de defesa, todavia, tais medidas se mostraram eficazes em impedir a disseminação do vírus, sendo, na verdade, desnecessária a sua decretação; além disso, colocaria mais em risco ainda o direito de reunião, porquanto o Estado estaria legitimado a reprimi-lo por completo.

Verificamos que as maiores crises institucionais se originaram posteriormente à decretação do estado de exceção, não por simples coincidência, mas tal instrumento constitucional é historicamente utilizado para imposição de medidas coercitivas de grande vulto, visando combater ou impedir rebeliões e conflitos políticos.

Sopesando, verificamos que as medidas de restrição impostas visando o combate à covid-19, possuem base científica, com critérios matemáticos e finalidade definida - impedir o contágio e disseminação da doença.

Ao passo que os índices de lotação de UTI - Unidade de Tratamento Intensiva -, os números e novos casos e internações diminuem, tais medidas deixam de vigorar, passando a ser mais brandas ou simplesmente se extinguindo.

Tudo isto de acordo com previsão legal que define especificamente a finalidade da restrição ao direito de reunião, que, de acordo com os dados, foi frutífero.

O que busca se expor é que não serão decretadas tais restrições levemente, sem

respaldo científico ou com outra finalidade que não a de impedir o contágio da covid, sob pena de considerá-las inconstitucionais.

Então, mesmo que se considere a covid-19 como fundamento para decretação do estado de exceção, não estão presentes os demais requisitos, principalmente o da excepcionalidade, temporaneidade e necessidade, uma vez que as medidas tomadas até então se demonstram eficazes.

Outrossim, mesmo considerando a gravidade do coronavírus, não podemos observar grave perturbação, isto é, agressão com fortíssima intensidade à constituição federal. Por mais este motivo não seria constitucional a decretação do estado de defesa.

Nada obstante, verificamos que os entes federados, em especial o Governo do Estado de São Paulo, legislou acerca das restrições contra a covid-19, dentro de sua competência constitucional¹⁸ de preservar a saúde, bem como inserto nos limites legais previamente definidos, tal como com respaldo em dados científicos.

Não questiona-se a validade constitucional do próprio estado de exceção cercear por completo o direito à reunião, mas é que para tratar das medidas de restrição da covid-19, são necessários impedir apenas aglomerações apto a aumentar o contágio do vírus, preservando-se os demais aspectos do direito de reunião.

O mesmo não aconteceria caso fosse decretado o estado de exceção, pois nesta hipótese o Estado *lato sensu* poderia impor medidas ainda mais restritivas, até mesmo alheias a finalidade de impedir o covid-19, uma vez que, entende-se que o próprio estado democrático de direito está em crise, facultando ao governo impor medidas de restrição para impedir o seu colapso.

De um lado uma crise sanitária, de outro uma crise institucional. De um lado medidas restritivas para impedir o contágio do vírus, de outro, medidas enérgicas e coercitivas para impedir o colapso da própria estrutura democrática. Sob este prisma, pode-se ponderar as medidas de restrição impostas pelo governo do Estado de São Paulo estão em conformidade com a Constituição Federal.

3.3.3 Da Presunção de Constitucionalidade

O controle constitucional do Estado Brasileiro é exercido de forma repressiva, isto é, uma norma após o correto trânsito do processo legislativo passa a vigorar regularmente.

18 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”

Somente com eventual arguição, seja pelo sistema difuso ou concentrado, é que a constitucionalidade poderá ser debatida pelo órgão julgador competente.

Caso confirmada a constitucionalidade, então tem-se que o dispositivo está de acordo com a constituição e não poderá mais ser objeto de controle de constitucionalidade, sob pena de se ferir a coisa julgada.

Se declarada inconstitucional, a norma será retirada do sistema normativo, observando-se a modulação dos efeitos da decisão.

No período em que a norma não foi arguida através de um dos sistemas de controle de constitucionalidade tem-se o princípio da presunção de constitucionalidade.

Isto é, enquanto uma norma não for atacada pelo sistema difuso ou concentrado de constitucionalidade, ela goza da presunção relativa de constitucionalidade, a presunção *iuris tantum*, nas palavras do Ilustre Ministro Luís Roberto Barroso:

“As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública (art. 37). Trata-se, naturalmente, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. O ônus de tal demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade ou, no caso, a inconstitucionalidade. Este, aliás, é o papel de uma presunção em Direito: determinar que o ônus da prova é da parte que pretende infirmá-la.”¹⁹

Esta presunção é elidida através do próprio julgamento pelo judiciário da constitucionalidade da norma.

Destarte, tal presunção subsiste porque os entes legiferantes e o poder público possuem o “dever jurídico de conformação com a constituição, em razão de serem um poder instituído”²⁰, conforme leciona o doutrinador Simão.

Isto é, tanto o poder legislativo com a avaliação da constitucionalidade através do parecer da Comissão de Constituição e Justiça, tanto o poder executivo com o princípio da legalidade, estão em último fim atrelados ao dever de emanarem normas que estejam em conformidade com a Constituição da República.

Desta forma, prevalece a presunção de constitucionalidade enquanto a referida norma não seja formalmente declarada inconstitucional pela Corte Máxima.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553617562. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553617562>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 288.

²⁰ SIMÃO, Calil. *Elementos do sistema de controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788502616998. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502616998>. Acesso em: 28 out. 2021. Fls. 193.

CONCLUSÃO

Desta forma, podemos averiguar que as medidas de restrição para impedimento do contágio do coronavírus, possuem respaldo supralegal e propriamente legal, além de constitucional.

Verificamos que não há extinção, tampouco supressão total ao direito de reunião, vez que apenas são proibidas aquelas que podem aumentar o contágio do vírus. Por caracterizar uma medida legal e eficaz, não há constitucionalidade com a decretação do estado de exceção, uma vez que o princípio da necessidade seria violado.

Por corolário lógico, tais medidas são regularmente constitucionais e encontram seu respaldo com o dever do estado na preservação da saúde e com a própria garantia constitucional do direito à saúde aos cidadãos.

Trata-se de colisão principiológica, onde o direito de maior intensidade e importância permanece, neste caso o direito à saúde; isto não significa total subjugação do direito de reunião, pois, conforme já mencionado alhures, este ainda pode ser exercido, conquanto não aumente o risco de contágio do coronavírus.

Outrossim, é importante mencionar que as normas citadas gozam de presunção relativa de constitucionalidade, isto é, presunção *iuris tantum* e até o momento não se tem notícias de arguição de constitucionalidade contra tais disposições. Desta forma, prevalece a presunção de constitucionalidade.

Inobstante, destaca-se que as ações do poder público estão estritamente ligadas à Lei, porquanto o poder executivo só pode agir de acordo com a disposição da Lei, isto é, somente pode realizar algo se estiver consignado em dispositivo legal válido, senão permanece a obrigação de não-fazer.

No caso das restrições que visam conter o contágio da covid-19, há fundamentação expressa no artigo 21 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de que o Estado poderá restringir o direito de reunião visando a proteção da saúde pública.

Desta forma, o princípio da legalidade está efetivamente atendido para todos os fins, uma vez que tal norma reveste o caráter supralegal, porquanto foi formalmente adotada pelo Estado do Brasil.

Ainda neste sentido, a Constituição Federal é clara ao impor o dever de o Estado preservar a saúde pública, impedindo a disseminação de doenças contagiosas, tudo nos termos do artigo 196.

Não obstante, é importante mencionar que as restrições para conter o avanço do

coronavírus não significam total redução do direito à reunião, pois este permanece a ser realizado de outras formas.

Por fim, mesmo que se considere a excepcionalidade da crise sanitária enfrentada pelo país e as respectivas medidas para restringi-la, não há o que se falar em inconstitucionalidade das medidas de restrições por inobservância à decretação do estado de exceção para diminuição do direito de reunião, porquanto gozam da presunção de constitucionalidade, estão expressamente previstas em norma supralegal e os requisitos mínimos para a decretação do estado de defesa, tampouco do estado de sítio.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553617562. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553617562>. Acesso em: 28 out. 2021.

BBC NEWS. *Manifestantes fazem atos pró-Bolsonaro em diferentes regiões do país*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56959858>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário oficial da União*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. DECRETO n. 65.839, de 29 de junho de 2021. *Diário Oficial*. Palácio dos Bandeirantes, 30 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65839-30.06.2021.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DECRETO n. 10.282, de 19 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm#:~:text=D10282&text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,p%C3%BAblicos%20e%20as%20atividades%20essenciais.&text=Objeto-,Art.,p%C3%BAblicos%20e%20as%20atividades%20essenciais. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DECRETO n. 592, de 05 de julho de 1992. *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DECRETO n. 702, de 20 de março de 1936. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 21 de março de 1936. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-702-21-marco-1936-472177-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI FEDERAL n. 11.343, de 22 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI FEDERAL n. 13.979, de 05 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. SENADO FEDERAL. DECRETO LEGISLATIVO n. 6, de 19 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta De Inconstitucionalidade*. Pedido De “Interpretação Conforme À Constituição” Do § 2º Do Art. 33 Da Lei Nº 11.343/2006, Criminalizador Das Condutas De “Induzir, Instigar Ou Auxiliar Alguém Ao Uso Indevido De Droga”. Ação Direta De Inconstitucionalidade N. 4.274. Relator: Ayres Brito. Julgamento Em 23 De Novembro De 2011. Diário Oficial Da União. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.274 Distrito Federal. Brasília, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Prisão Civil*. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recurso Extraordinário N. 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento Em 03 De Dezembro De 2008. Diário Oficial Da União. Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo em medida cautelar em ação direta da inconstitucionalidade*. Direito constitucional. Direito à saúde. emergência sanitária internacional. Lei 13.979 De 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquizado sistema único de saúde. Competência comum. Medida cautelar parcialmente deferida. Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade N. 6341. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 15 de abril de 2020. Diário Oficial da União. BRASÍLIA, 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 12 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). (IDP). ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553602377>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. São Paulo, Quartier Latin, 2017.

D'ARAUJO, Maria Celina. *O Estado novo*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2000.

FLORES, Elio Chaves. *A consolidação da República: rebeliões de ordem e progresso*. In.: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo oligárquico – da Proclamação da República à Revolução de 1930*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O estado de exceção na experiência constitucional brasileira*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 8, n. 3, p. 286-302, 2016.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O estado de exceção no Brasil republicano*. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, p. 1760-1787, 2017.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de exceção no Direito Constitucional*. Leya, 2020.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment No. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21)*. CCPR/C/GC/37. UNITED NATIONS, 2020. 19 p. Disponível em: <https://undocs.org/CCPR/C/GC/37>. Acesso em: 12 set. 2027.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Digital. (1 recurso online). (Esquemático). ISBN 9788553619306. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619306>. Acesso em: 27 out. 2021.

MAYMONE, G. *Polícia Militar começa dispersão após atos em São Paulo*. Disponível em: <https://midiamax.uol.com.br/brasil/2020/policia-militar-comeca-dispersao-apos-atos-em-sao-paulo>. Acesso em: 12 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Folha informativa COVID-19*. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: set. 12AD.

PODER 360. *Polícia de São Paulo usa bombas de efeito moral para dispersar pessoas na praia*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/policia-de-sao-paulo-usa-bombas-de-efeito-moral-para-dispersar-pessoas-na-praia/>. Acesso em: 12 set. 2021.

PORTAL DO GOVERNO. *Força-Tarefa do Governo de SP registra 1,6 mil ações de fiscalização nesta sexta*. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/forca-tarefa-do-governo-de-sp-registra-16-mil-acoes-de-fiscalizacao-nesta-sexta-2/>. Acesso em: 12 set. 2021.

PORTO, D.; BAPTISTA, S.; ESPINA, R. *Brasil ultrapassa 500 mil mortes por covid-19*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/06/19/brasil-ultrapassa-500-mil-mortes-pode-covid-19.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.

REDE PENSSAN. *VIGISAN Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto*

da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Olhe Para A Fome. 2021. 66 p. Disponível em: http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

SAES, Guillaume Azevedo Marques de. *A República e a espada: a primeira década republicana e o florianismo* 2005. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

SÃO PAULO. Governo Do Estado De São Paulo. Decreto N. 64.881, De 21 De Março De 2020. *Diário Oficial*. Palácio Dos Bandeirantes, 22 de março de 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

SÃO PAULO. Governo Do Estado De São Paulo. Decreto N. 64.994, De 27 De Maio De 2020. *Diário Oficial*. Palácio Dos Bandeirantes, 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64994-28.05.2020.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

SÃO PAULO. Governo Do Estado De São Paulo. Decreto N. 65.545, De 02 De Março De 2021. *Diário Oficial*. Palácio Dos Bandeirantes, 03 de março de 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65545-03.03.2021.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

SÃO PAULO. Secretário da Saúde. Resolução N. 27, De 12 De Março De 2020. *Diário Oficial*. São Paulo, 13 de março de 2020.

SIMÃO, C. *Elementos do Sistema de controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Editora Saraiva, 2014. 9788502616998. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616998/>. Acesso em: 08 set. 2021.

ACESSO À JUSTIÇA POR MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

STÉPHANIE HAVIR¹

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise do acesso à justiça pela mulher vítima de violência psicológica praticada no contexto doméstico e familiar, sua adequação ao tipo penal de lesão corporal enquanto dano à saúde e a recente tipificação como crime autônomo pela recém promulgada Lei n. 14.188/2021. Para tanto, se faz um breve resumo do desenvolvimento histórico dos movimentos feministas pelo ocidente até seu início no Brasil, na década de 1930, perpassando as dificuldades de criminalização da conduta antes da recente promulgação do crime autônomo de violência psicológica, bem como a efetividade das medidas de combate à violência doméstica que foram intensificadas durante a pandemia de Covid-19. Conclui-se, ao final, que houve salutar e significativo desenvolvimento da luta contra a violência à mulher, mas que, ao contrário do que se tem comumente afirmado, ainda há grande necessidade de mobilização por parte dos movimentos feministas para alcançar a efetiva emancipação da mulher enquanto sujeito de direitos.

Palavras-chave: Violência psicológica; Feminismos; Violência doméstica.

ABSTRACT: The scope of this article is the analysis of access to justice by women victims of psychological violence practiced in the domestic context, its adequacy to the crime of bodily injury as damage to health and the recent classification as an autonomous crime by the recently enacted Law n. 14.188/2021. Therefore, we present a brief summary of the historical development of feminist movements in the West until its beginnings in Brazil, in the 1930s, looking through the difficulties of criminalizing the conduct before the recent enactment of the autonomous crime of psychological violence, as well as the effectiveness of measures to fight against domestic violence that were intensified during the Covid-19 pandemic. The conclusion is that there has been a significant development in the fight against violence against women, but unlike commonly stated by “feminists”, there is still a great need for mobilization on the part of feminist movements to achieve the effective emancipation of women as a subject of rights.

Key-words: Psychological violence. Feminist movements. Domestic violence.

¹ Bacharela em Letras pela Universidade de São Paulo (2014) e em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020). Mestranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP Advogada. Entusiasta dos Direitos Humanos e pesquisadora sobre genocídio e questões raciais.

² Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília – UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal - PRR3. Professora no Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado - FADISP. Coordenadora da Graduação – FADISP.

1 BREVE HISTÓRICO DA LUTA PELO RECONHECIMENTO E FIM DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Não se pode precisar, ao certo, quando ou como se deu o estopim dos movimentos feministas, mas é possível afirmar que suas ideias foram lançadas, no ocidente, em primeiro lugar na Europa, seguido dos Estados Unidos para, finalmente, serem importadas ao Brasil.

É que a história dos feminismos – grafa-se propositadamente em plural, posto que, com a evolução do movimento e ampliação de consciência coletiva, já se pode afirmar serem várias as lutas e dores de mulheres com as mais diversas características, que levantam bandeiras diferentes, mas ao mesmo tempo integradas – se confunde com a própria história da identificação do papel social feminino e masculino.

Parece ser consenso entre estudiosas, no entanto, a divisão dos movimentos feministas em três principais *ondas*, interligadas por uma amálgama de contextos sociais, políticos e econômicos, não sendo possível precisar onde e quando se inicia uma onda e termina a anterior. E é exatamente este o sentido da metáfora da “onda”, que se iniciou com um artigo de Martha Weinman Lear, em 1968, para o jornal norte americano *New York Times* intitulado “A segunda onda feminista”, no qual retratava a luta das sufragistas entre os séculos XIX e XX, concluindo que uma nova “onda” estava a se formar. Na sequência, já no início década de 1990, Rebecca Walker escreveu o ensaio “Tornando-se a terceira onda”, consolidando, portanto, a metáfora por meio da qual se faz referência aos movimentos feministas³.

E, com efeito, uma onda dá suporte para a formação da sucessora, não se extinguindo por completo após sua passagem, mas formando substrato para a próxima. Esta é a visão que adotamos aqui para apresentar os movimentos feministas.

Com esta ideia em mente, podemos identificar, de forma bastante abrangente e sem rigorismo histórico, que entre os séculos XVIII e XX houve uma primeira onda de lutas em prol da igualdade entre os gêneros, advinda dos ideais renascentistas do século anterior.

³ZIRBEL, Ilze. *Ondas do feminismo*. Mulheres na Filosofia (Blogs de ciência da Unicamp), v. 7, n. 2, 2021, pp. 10-31. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/wp-content/uploads/sites/178/2021/03/Ondas-do-Feminismo.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Na realidade, explica Ana Luisa Schmidt Ramos⁴, foi da crítica aos ideais renascentistas que começaram a surgir os movimentos feministas, tendo em vista que, durante a Revolução Francesa, as mulheres passaram a questionar os próprios revolucionários que, ao mesmo tempo em que pregavam a igualdade, não as reconheciam como cidadãs, não lhes sendo concedidos direitos políticos então gozados pelos homens.

A busca pela igualdade entre mulheres e homens foi, portanto, a bandeira desta primeiragrande onde, que deixou como legado, pelo trabalho de Mary Wollstonecraft:

[...] a ideia de gênero – o considerado como natural das mulheres é na verdade fruto da repressão e de aprendizado social, como diria anos mais tarde Simone de Beauvoir: ‘ninguém nasce mulher, torna-se mulher’ – e a ideia de ação afirmativa, com a provocação: se se decide que naturalmente as mulheres são mais débeis e inferiores que os homens, por que não estabelecer mecanismos de caráter social ou político para compensar sua inferioridade?⁵

E esses conceitos nos são muito caros até os dias de hoje, posto que, conforme veremos, subsidiam e permeiam a Lei que marcou definitivamente as lutas feministas no Brasil.

Mais adiante, já no século XX, estudiosas identificam a segunda onda dos feminismos como sendo marcada por uma atuação mais organizada de mulheres com maior grau de instrução, com a formação de movimentos como a *National Organization of Women (NOW)*, dos Estados Unidos, inserção das mulheres no mercado de trabalho, publicação de obras clássicas como *O segundo sexo* da festejada Simone de Beauvoir e efetiva atuação política, coma identificação dos movimentos feministas com o marxismo⁶.

Com efeito, esta segunda onda passou a buscar entender o pluralismo que marca a sociedade, o papel social da mulher conforme era entendido, e, com o marxismo, a relação de dominação e subordinação entre os sexos. Foi o feminismo radical, desenvolvido entre o final dos anos 1960 e meados da década seguinte, que propiciou a multiplicidade dos movimentos feministas.

⁴RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019, p. 37.

⁵RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019, p. 38.

⁶SANTANA, Dácil Alamo. *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*. Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales, ISSN 1139-5737, n° 15, 2008, pp. 188-191. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3141540> Acesso em: 14 ago. 2021.

Na América Latina, a luta contra as ditaduras e a opressão tornou-se a tônica à medida em que mais e mais mulheres tomavam consciência de que o “papel” que lhes fora atribuído na sociedade o foi por criação masculina de uma cultura patriarcal e falocêntrica cuja característica era a ideia da mulher confinada ao espaço privado e dedicada exclusivamente à maternagem e afazeres domésticos⁷.

No plano da ação, a ideia geral passará [sic] a ser: libertar-se da opressão. No entanto, para as diferentes mulheres, em suas diferentes posições sociais e experiências de vida, a opressão era vivenciada de maneiras distintas. Para muitas, a libertação no plano da sexualidade (...) era central e urgente. Para outras, a questão da opressão estava atrelada ao casamento e ao universo doméstico, assim como a impossibilidade de estudar ou ter uma profissão. Para milhares de trabalhadoras, no entanto, o cerne do problema seguia sendo o sistema econômico que as explorava: o capitalismo. E para a maioria delas, o racismo intensificava ainda mais a situação.⁸

O contexto ditatorial, marcado pelo conservadorismo, aliado ao confinamento das mulheres ao espaço privado pelo papel social que lhes fora atribuído intensificou a violência cometida no âmbito doméstico e familiar⁹.

Sobre a terceira e quarta ondas, ainda não há consenso. Estudiosas como Ilze Zirbel, Cenzira Arruzza, Barbara Molony e Jennifer Nelson identificam o final do século XX como embrião da terceira onda, que teria se estabelecido em escala global na virada do século XX para o XXI, com forte atuação de feministas jovens e das mídias sociais¹⁰. Para outras, como Olívia Cristina Perez, Arlene Martinez Ricoldi, Sonia E. Alvarez e Marlise Matos, o uso das mídias digitais, a interseccionalidade e a globalização são características da quarta onda que estaria em curso¹¹.

⁷ BRASIL, Marina Valentim; COSTA, Angelo Brandelli. *Psicanálise, feminismo e os caminhos para a maternidade: diálogos possíveis?* Psicologia Clínica, Rio de Janeiro, vol. 30, n.3, set-dez/2018, pp. 427-446.

⁸ ZIRBEL, Ilze. *Ondas do feminismo*. Mulheres na Filosofia (Blogs de ciência da Unicamp), v. 7, n. 2, 2021, p. 19. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/wp-content/uploads/sites/178/2021/03/Ondas-do-Feminismo.pdf> Acesso em: 15 ago. 2021.

⁹ ZIRBEL, Ilze. *Ondas do feminismo*. Mulheres na Filosofia (Blogs de ciência da Unicamp), v. 7, n. 2, 2021, pp. 10-31. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/wp-content/uploads/sites/178/2021/03/Ondas-do-Feminismo.pdf> Acesso em: 15 ago. 2021.

¹⁰ ZIRBEL, Ilze. *Ondas do feminismo*. Mulheres na Filosofia (Blogs de ciência da Unicamp), v. 7, n. 2, 2021, pp. 10-31. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/wp-content/uploads/sites/178/2021/03/Ondas-do-Feminismo.pdf> Acesso em: 15 ago. 2021.

¹¹ PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. *A quarta onda feminista: interseccional, digital e coletiva*. Trabalho preparado para apresentação no X Congresso Latino-americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-americana de Ciência Política, a Associação Mexicana de Ciência Política e o Tecnológico de Monterrey, 31 de julho, 1, 2 e 3 de agosto 2019. Disponível em: <https://alacip.org/cong19/25-perez-19.pdf> Acesso em 15 ago. 2021.

De toda forma, pode-se identificar que a característica central desta nova onda (seja ela entendida como terceira ou quarta) é a coletividade, a diversidade e a intensificação das lutas por pautas antigas ou novas, a depender do estágio social em que se encontre. A título de exemplo, há países em que o aborto é legalizado, como a Argentina e Portugal, e não há mais necessidade de levantar tal bandeira em âmbito nacional, mas há outros que ainda lutam veementemente por tal direito, como é o caso do Brasil.

No Brasil, também se identifica a primeira onda dos feminismos com as sufragistas, em busca do reconhecimento do direito ao voto, na década de 1930. Os movimentos feministas, aqui, tiveram início com viés mais conservador e restrito às elites intelectuais, majoritariamente professoras e funcionárias públicas¹², sem grandes saltos e avanços, portanto. A segunda onda se desenvolveu durante os anos da ditadura militar e teve, igualmente, tímidos avanços, embora tenha ganhado maior espaço público, posto que “as questões das mulheres não eram vistas como assuntos políticos, ou potencialmente subversivos”¹³, não sendo, assim, alvo de grandes repressões por parte do regime. Mas fato é que a ditadura forçou o exílio de muitas mulheres, que foram estudar nos Estados Unidos e na Europa, trazendo consigo, no retorno, grande bagagem intelectual sobre o tema, principalmente após a anistia de 1979. Com efeito, a partir da década de 1980 o enfrentamento à violência praticada contra mulheres começa a ganhar corpo no cenário nacional, com a criação das Delegacias da Mulher, e, na década de 1990, ocorreu também no Brasil o estopim de uma terceira onda, cujo marco é a eclosão de Organizações Não Governamentais (ONGs) voltadas às questões das mulheres, publicação de estudos e desenvolvimento acadêmico. Ramos cita como exemplo a criação da revista *Estudos Feministas*, da atual Universidade Federal de Santa Catarina¹⁴.

Entre o final dos anos 1970 e dos anos 1990, também teve início a importante luta que marcou a história dos movimentos feministas do Brasil. Em 1976, Maria da Penha Maia Fernandez casou-se com o que viria a ser seu algoz, perpetrador de sucessivas e progressivas agressões que culminaram em duas tentativas de assassinato – o que atualmente se conhece por feminicídio –, no ano de 1983¹⁵.

¹² PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. *A quarta onda feminista: interseccional, digital e coletiva*. Trabalho preparado para apresentação no X Congresso Latino-americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-americana de Ciência Política, a Associação Mexicana de Ciência Política e o Tecnológico de Monterrey, 31 de julho, 1, 2 e 3 de agosto 2019. Disponível em: <https://alacip.org/cong19/25-perez-19.pdf> Acesso em: 15 ago. 2021.

¹³ Idem, ibidem, p. 5.

¹⁴ RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019, p. 51.

¹⁵ Quem é Maria da Penha. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Primeiro, ele deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia. Como resultado dessa agressão, Maria da Penha ficou paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda – constam-se ainda outras complicações físicas e traumas psicológicos.

No entanto, Marco Antonio declarou à polícia que tudo não havia passado de uma tentativa de assalto, **versão que foi posteriormente desmentida pela perícia**. Quatro meses depois, quando Maria da Penha voltou para casa – após duas cirurgias, internações e tratamentos –, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho.¹⁶ (destaques no original).

O processo judicial contra o ex-marido da Sra. Maria da Penha durou longos anos, com a condenação em primeiro grau apenas em 1991, e a redução de sua pena em segundo grau, em 1996. Tamanho absurdo chamou atenção de duas importantes instituições que denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), em 1998: o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). O Brasil recebeu diversos ofícios da OEA, mantendo-se totalmente inerte à despeito do recebimento de ao menos três notificações¹⁷, até que, em 2001, a Organização publicou o relatório final do caso, contendo uma série de recomendações ao Estado brasileiro, dentre as quais:

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências [sic] penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.¹⁸

¹⁶ Quem é Maria da Penha. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹⁷ “O Estado brasileiro não apresentou à Comissão resposta alguma com respeito à admissibilidade ou ao mérito da petição, apesar das solicitações formuladas pela Comissão ao Estado em 19 de outubro de 1998, em 4 de agosto de 1999 e em 7 de agosto de 2000.” Relatório Anual 2000. Relatório n. 54/01 do Caso 12.051 da CIDH/OEA. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁸ Relatório Anual 2000. Relatório n. 54/01 do Caso 12.051 da CIDH/OEA. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

Através do trabalho árduo de um consórcio de ONGs dedicadas às questões acerca da desigualdade entre gêneros, chegou ao poder legislativo o desenvolvimento de projetos de lei (Projeto de Lei n. 4.559/2004, na Câmara; Projeto de Lei n. 37/2006, no Senado) que, em 2006, deram origem à Lei n. 11.340, conhecida popularmente por Lei Maria da Penha.

Com efeito, este foi, no Brasil, um dos maiores marcos da luta por direitos das mulheres. De conteúdo eminentemente penal, a Lei n. 11.340/2006 veio dar eficácia ao mandamento constitucional contido no parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal, que impões ao Estado o dever de assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Assim, além de positivizar direitos, conceitos e mecanismos de proteção, a Lei Maria da Penha alterou dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais. Não cuidou, entretanto, de tipificar novos crimes, com exceção do crime pelo descumprimento de medidas protetivas de urgência, as quais também foram ali estabelecidas.

Assim, é digno de nota o equívoco técnico da expressão popular “crime de violência doméstica”. O que há, em realidade, são crimes já previstos em outros diplomas legais que foram qualificados pela circunstância do contexto doméstico e familiar em detrimento da vítima mulher. O que fez a Lei Maria da Penha foi dar tratamento diferenciados às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, diante das peculiaridades presentes neste tipo de conflito.

Estabelecido isto, passemos, então, à análise do tratamento criminal dado à violência psicológica conforme definida pela Lei n. 11.340/2006.

2 EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

Como já mencionado, a Lei Maria da Penha conceituou, em rol exemplificativo ¹⁹, diversas formas de violência contra a mulher, sem, entretanto, tipificar crimes cujas condutas

¹⁹ Ou seja, rol aberto que admite inserção de condutas congêneres.

envolvam a prática de tais violências, quais sejam, violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, sendo a psicológica definida como:

[...] qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018).²⁰

Cuidou a lei, ainda, de inserir o parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal, qualificando o crime de lesão corporal quando cometido “contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agented as relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

Decerto, pode-se extrair que o legislador se preocupava muito mais com a modalidade física da violência, posto que, com exceção da violência sexual – que com facilidade se adequaria ao tipo penal de estupro, por exemplo –, necessário real exercício jurídico para adequar as demais violências à conduta de “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”²¹.

Tal exercício foi feito em brilhante obra, já referenciada, da magistrada brasileira Ana Luisa Schmidt Ramos ²², na qual demonstra toda a construção jurídica necessária para adequação do dano psíquico como crime de lesão corporal enquanto ofensa à saúde da mulher, conforme previsto pelo parágrafo 9º já referido, de forma a procurar garantir à vítima o acesso à justiça e, ao mesmo tempo, evitar condenações levianas.

A dificuldade de acesso à justiça, sobretudo à justiça penal, por vítimas de violência psicológica se dá principalmente pela dificuldade de comprovação da materialidade do crime. Assim, Ramos desenvolveu, em cotejo com a psicologia, pesquisa voltada a delinear “critérios da perícia psicológica nos crimes de lesão corporal com dano psíquico no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher”²³, que não serão o foco deste trabalho.

²⁰ Artigo 7º, inciso II, da Lei 11.340/2006.

²¹ Artigo 129 do Código Penal.

²² RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019.

²³ RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019, p. 3.

Para a autora, imprescindível a realização de exame de corpo de delito, para verificar e atestar a materialidade do crime, conforme dita a norma processualista:

Deve-se ressaltar ainda que nem mesmo o disposto no artigo 12, parágrafo 3º, da Lei da Violência Doméstica (...) tem o condão de afastar a imprescindibilidade da realização do exame de corpo de delito. O crime de lesão corporal deixa vestígios, não havendo como afastar a aplicação do artigo 158 do Código de Processo Penal – até porque o inciso IV do artigo 12 da Lei Maria da Penha estabelece que a autoridade policial determine que se proceda ao exame de corpo de delito na ofendida.²⁴

Ainda assim, raros são os casos de condenação de agressores de mulheres por lesão corporal da qual resulte dano psíquico, havendo, ainda, magistrados que resistem à tipificação da violência psicológica como crime do artigo 129 do Código Penal.

O enorme avanço aos direitos das mulheres trazido pela sanção da Lei Maria da Penha, após anos de luta, com submissão do Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, encontra difícil entrave processual que, embora obste o acesso à justiça por vítimas de violência psicológica, é igualmente necessário para obstar a possível condenação de inocentes.

E, de forma sintética, como já bem delineado por Norberto Bobbio, a norma desprovida de sanção, enquanto meio de coerção ao seu cumprimento, configura mera recomendação²⁵. Não sendo possível aplicar a sanção do crime de lesão corporal por violência psicológica, o mecanismo de controle pretensamente criado pela legislação, *in casu*, pela Lei Maria da Penha, perde sua efetividade. Assim, muito embora salutar a previsão legal, ineficaz pelas dificuldades impostas pela norma processual, negando-se, portanto, o acesso à justiça pelas vítimas.

O esforço, entretanto, não foi em vão, tendo em vista que este importante marco dos feminismos na história do Brasil trouxe luz à questão, que passou a ser considerada por iniciativas públicas e privadas, empenhadas na efetiva redução da violência contra a mulher, sobretudo a psicológica, cujo reconhecimento público teve o auxílio da Lei e, atualmente, sua existência e disseminação nos lares brasileiros é inquestionável.

²⁴ RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019, p. 110.

²⁵ SALGADO, Gisele Mascarenhas. *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio*. Tese apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Área de concentração: Filosofia do Direito. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2008. 275 fls. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062574.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

A todo este contexto somou-se o maior isolamento das vítimas em seus lares, com seus agressores, em virtude das restrições impostas mundialmente por conta da pandemia de Covid-19.

É que o número de casos de violência doméstica, inclusive psicológica, contra a mulher coincidentemente aumentou na medida em que impostas restrições decorrentes do isolamento social. Os feminicídios aumentaram 22,2% em 2020 em comparação com os meses de março e abril do ano anterior²⁶, fato que gerou um alerta ainda maior à sociedade: à despeito do grande avanço legislativo, as mulheres ainda estão efetivamente desprotegidas em seus próprios lares.

Foi assim que nasceu, pela Portaria n. 70/2020, a campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB).

3 LEI N. 14.188/2021 E O PROGRAMA DE COOPERAÇÃO SINAL VERMELHO CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei n. 14.188 foi promulgada em 28 de julho de 2021 com o fim de definir o “programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher”²⁷. Com efeito, o programa se destina a auxiliar mulheres em situações de extrema violência nas quais sequer é possível pedir ajuda. Assim, o programa instituiu e divulgou amplamente o “sinal vermelho” como símbolo de pedido de ajuda, que consiste em um “X” que a vítima desenha na palma da mão e mostra discretamente a algum funcionário de estabelecimento comercial parceiro. O programa se dedica também ao treinamento dos funcionários de estabelecimentos parceiros, como drogarias, agências bancárias e órgãos públicos, para que saibam como agir no caso de uma vítima apresentar o “sinal vermelho”.

O intuito, evidentemente, é conseguir fornecer ajuda de forma rápida e eficaz à vítima que sequer tem autonomia para denunciar a violência por conta própria, pois não é incomum que o agressor controle completamente as atitudes da mulher, tornando impossível seu pedidode ajuda.

²⁶ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/campanha-sinal-vermelho/> Acesso em: 20 ago. 2021.

²⁷ Ementa da Lei n. 14/188/2021 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14188.htm Acesso em: 2 ago. 2021.

Embora salutar, a Lei 14.188 escancara a preocupante realidade das mulheres no Brasil: não obstante anos de mobilização dos movimentos feministas e grande evolução legislativa, a eficácia dos instrumentos ainda deixa a desejar, tendo sido necessária mais uma inovação legislativa para tentar alterar as estatísticas de violência contra a mulher. De se observar que essa lei também veio a modificar duas outras leis: o Código Penal e a Lei Maria da Penha.

Na Lei Maria da Penha foi introduzido o artigo 12-C, que dá poderes à autoridade policial para afastar imediatamente do lar o agressor quando verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher ou de seus dependentes.

Aqui já se vê a preocupação da Lei 14.188 com o combate à violência psicológica. Mas, mais do que isso, a lei introduziu qualificadora adicional ao crime de lesão corporal em muito semelhante àquela do feminicídio²⁸, e, o que nos parece ter sido a medida mais salutar, tipificou violência psicológica nos seguintes termos:

Violência psicológica contra a mulher:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Infelizmente, devido ao pouquíssimo tempo de vigência da Lei 14.188 – apenas um mês do desenvolvimento deste artigo – não será possível avaliar sua eficácia prática, mas pelas reflexões já trazidas anteriormente, é possível antecipar que a condenação criminal nestes casos igualmente dependerá de exame de corpo de delito para comprovar a materialidade e mitigar condenações levianas, como já disse Ana Luisa Schmidt Ramos, e isto poderá ser um empecilho ao acesso à justiça pelas vítimas.

Não obstante, a tipificação da conduta retira o obstáculo da resistência de magistrados que não admitiam a adequação típica da violência psicológica enquanto crime de lesão corporal. Não há desculpas para a não aplicação do tipo penal na espécie, posto que a redação do artigo é bastante clara, sendo absolutamente possível identificar o núcleo do tipo (“causar dano”), a natureza do dano (“emocional”), a finalidade da conduta (prejudicar e

²⁸ “§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

perturbar o pleno desenvolvimento, degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões) e o meio de prática (“ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”).

Também é interessante notar que aplicar-se-á a pena cominada a este tipo apenas se a conduta não constituir outro crime mais grave. E pode-se vislumbrar, de pronto, semelhança com alguns outros crimes como ameaça, contra a honra, sequestro ou cárcere privado, sendo que, destes, o único que comina pena mais grave em comparação à pena do artigo 147-B é o sequestro/cárcere privado qualificado pela condição da vítima (artigo 148, § 1º): dois a cinco anos de reclusão.

É impossível prever, entretanto, dada a insipiência do instituto, como ou quais meios serão processualmente aplicados para levar justiça às vítimas de violência psicológica, mas fato é que, com efeito, alguma medida era necessária para o efetivo combate à este tipo de violência e esperamos que esta seja a resposta definitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou, embora notório o problema da violência praticada contra mulheres em contexto doméstico e familiar, que sempre foi endêmico na sociedade brasileira – e quiçá mundial -, foram necessários mais de 75 anos de luta pelos movimentos feministas até que a esta nefasta modalidade de violência fosse reconhecida legalmente e medidas fossem implementadas para o combate.

Não obstante, acredita-se que, por se tratar de legislações muito recentes, sua eficácia ainda não é pacífica como almejado pela sociedade, mas fato é que grandes avanços ocorreram e, hoje, muitas mulheres se beneficiam e são efetivamente protegidas e emancipadas da deplorável situação de violência que sempre assolou os lares brasileiros.

A previsão do conceito de violência doméstica pela Lei Maria da Penha, entretanto, mostrou-se insuficiente para coibir a prática, dada a grande dificuldade de adequação da conduta ao tipo penal de lesão corporal, na modalidade dano à saúde. Seja pela dificuldade de denúncia ou até pela comprovação da materialidade do crime, a eficácia da lei estava comprometida.

Com as restrições impostas pela pandemia de Covid-19, números alarmantes de violência doméstica contra a mulher foram constatados, e mostraram a necessidade de implementação de outros instrumentos para proteção efetiva, o que deu azo ao programa Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica e a promulgação da Lei n. 14.188/2021, com a tipificação da violência psicológica contra a mulher como crime autônomo.

Assim, espera-se que o Brasil tenha efetivamente dado mais um passo em direção à totalemancipação da mulher enquanto sujeito de direitos que é.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Marina Valentim; COSTA, Angelo Brandelli. *Psicanálise, feminismo e os caminhos para a maternidade: diálogos possíveis?* Psicologia Clínica. Rio de Janeiro, vol. 30, n.3, pp. 427-446, set-dez/2018.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021*. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA). Relatório Anual 2000. Relatório n. 54/01 do Caso 12.051 da CIDH/OEA. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/campanha-sinal-vermelho/>. Acesso em 20 ago. 2021.

PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. *A quarta onda feminista: interseccional, digital e coletiva*. Trabalho preparado para apresentação no X Congresso Latino-

americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-americana de Ciência Política, a Associação Mexicana de Ciência Política e o Tecnológico de Monterrey, 31 de julho, 1, 2 e 3 de agosto 2019. Disponível em: <https://alacip.org/cong19/25-perez-19.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

QUEM é Maria da Penha. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Violência psicológica contra a mulher: dano psíquico como crime de lesão corporal*. Florianópolis: EMais, 2019.

SALGADO, Gisele Mascarenhas. *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio*. Tese apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Área de concentração: Filosofia do Direito. Orientador: Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2008. 275 fls. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062574.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SANTANA, Dácil Alamo. Teoría feminista: de la ilustración a la globalización. *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, ISSN 1139-5737, nº 15, pp. 188-191, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3141540>. Acesso em: 14 ago. 2021.

ZIRBEL, Ilze. *Ondas do feminismo*. Mulheres na Filosofia (Blogs de ciência da Unicamp), v. 7, n. 2, pp. 10-31, 2021. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/wp-content/uploads/sites/178/2021/03/Ondas-do-Feminismo.pdf> Acesso em: 15 ago. 2021.

DIREITO AUTORAL: o uso de personagens fictícios

DANIEL PRECIADO ESPITIA¹

RESUMO: O artigo propõe trazer e explicar os direitos dos autores e sobre as suas criações, dando mais ênfase para aqueles que criaram personagens fictícios. Primeiramente será feita uma explicação e uma análise sobre a Lei nº 9.610/98 e como se distingue o direito autoral perante os outros tipos de propriedades intelectuais. Logo após a análise será exemplificado e conceituado o advento da criação autoral. Com toda a explicação e construção sobre os direitos autorais, será feita uma demonstração de tudo aquilo que pode ser feito a partir de uma criação autoral, logo explanando a sua exploração econômica como um todo, demonstrando todas as possibilidades que um autor possui com o direito patrimonial da sua criação, trazendo análise de casos. Agora que todo o direito do autor foi analisado, demonstrado e exemplificado, será feito as consequências que ocorrem quando alguém viola e utiliza das criações sem a legítima permissão do autor, trazendo os tipos de ações que podem ser tomadas contra essa infração de direito. Em sequência será apontado as exceções nas quais uma pessoa poderá utilizar a criação de um autor, sem precisar de nenhuma licença ou permissão prévia. Este artigo vem na busca de trazer à tona e esclarecer todas as confusões e falsas verdades sobre os direitos autorais, visto que culturalmente não se tem noção do que é ou não é permitido.

Palavras-Chave: Direito Autoral; Exploração econômica de criações artísticas; Violações dos direitos autorais; Personagens fictícios.

INTRODUÇÃO

Personagens fictícios, frutos do advento da criatividade humana, que apenas existem no plano espiritual e não alteram a natureza e a forma que o mundo material se comporta, frutos de criações estéticas, mas que conseguem se materializar na imaginação das pessoas, fazendo crianças acreditarem que de fato eles existem, e adultos utilizarem deles como referências e inspirações.

Entretanto por trás deles, existem os seus progenitores, aqueles que deram origem a uma vida que de facto não existe. Geralmente os autores, que deram origens a tais personagens, não escrevem o livro ou roteiro com a intenção de fazer o personagem em si, e sim contar uma história, uma jornada, logo o personagem será parte do conjunto da criação autoral feita.

O artigo surge na necessidade vivida atualmente, onde autores têm tido mais retorno financeiro de contratos de *merchandising*, também conhecidos como contratos de licença de uso. Antigamente, quando um autor escrevia um livro, ele conseguia lucrar com os contratos de edição e distribuição, dependendo do caso chegaria à negociar com um estúdio para o livro

¹Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Artigo elaborado sob orientação do Profº. Luis Inácio Carneiro Filho, publicado após aprovação do Trabalho de Curso.

se tornar um filme, mas o que é visto nos dias de hoje é o movimento de pessoas buscarem produtos das obras e dos seus personagens fictícios favoritos, criando uma demanda no mercado por produtos que tenham tais personagens neles, logo vêm à questão, o que pode ser vendido com esse personagem?

O criador e a sua obra possuem uma relação interessante, tendo em vista que a criação pode se tornar maior do que quem a criou, é recorrente nos dias de hoje perguntar para uma pessoa se ela conhece um personagem, e ela conhecer-lo por ser um ícone da cultura popular, mas muito provavelmente, se perguntar quem o criou, ela não teria a resposta em mãos. Personagens não são uma obra completa, eles fazem parte do conjunto da obra, logo o seu criador possui os direitos autorais sobre e terá a oportunidade de fazer o que desejar com ele?

O direito autoral é muitas vezes confundido com a propriedade industrial, assim criadores não sabem onde se enquadram a suas obras, por exemplo, o registro, onde o arquiteto deverá registrar a planta criada por ele? Será que a empresa para qual ele trabalha pode utilizar essa planta para sempre sem ter que remunerá-lo outra vez?

Os contratos de licença e de autorização não são citados pela Lei do Direitos Autorais, criando uma confusão sobre o que é exatamente o contrato de licença, se trata apenas do nome ou se de fato tem uma natureza contratual distinta? Por quê o contrato de autorização mal é citado, sendo muito recorrente no meio do uso das propriedades intelectuais?

O artigo vêm para responder essas e outras perguntas que surgem a partir do chamado direito autoral, pois personagens fictícios não são especificamente tratados na lei, já que são apenas parte do conjunto, adicionando isso com o fato da cultura do direito autoral não ser forte ou expressa, dentro de um país que no seu cotidiano as pessoas infringem tais direitos e o autor não sabe como responder a isso.

1. PROPRIEDADE INTELECTUAL

O direito do autor é uma tutela estabelecida para a defesa das criações autorais, e essas criações se encontram no leque das propriedades intelectuais. A propriedade intelectual é uma categoria de bem móvel imaterial, que vem sendo historicamente considerada como um bem que precisava de uma tutela jurídica.

Historicamente os momentos que marcaram a evidência da propriedade intelectual foram a Convenção de Paris em 1883, que tratou sobre a propriedade intelectual, e a Convenção de Berna em 1886, que tratou das obras artísticas e literárias. Ambas convenções

proporcionaram uma base para a tutela de um objeto imaterial, algo que não era frequentemente visto anteriormente, o direito de posse de coisas que não precisavam estarem montadas ou até em alguns casos publicadas para que fossem protegidas.

Esse bem é um fruto da criatividade do ser humano, se trata de objeto imaterial, que dependendo da sua aplicação e forma poderá se qualificar em uma das possíveis espécies da propriedade intelectual: a propriedade industrial ou uma obra autoral.

Dentro da propriedade industrial também haverá outros tipos, como as invenções, os modelos de utilidade, os desenhos industriais e as marcas, no Brasil elas são regidas pela lei nº 9.279/96. A propriedade industrial é caracterizada principalmente pelo quesito da novidade, pois para que seja devidamente registrada e seu criador tenha o direito de exclusividade, a criação será analisada por especialistas da área para averiguar se ela de fato é algo completamente novo para o coletivo. Outra característica importante é a sua utilidade, com exceção na marca, em satisfazer a finalidade antecipada pelo criador. Para Silveira Newton a propriedade industrial busca “uma relação de causalidade não encontrável na natureza.” (2018, p. 6).

Logo não serão todas as invenções técnicas que serão protegidas pela Lei da Propriedade Industrial, por exemplo, as plantas arquitetônicas, que a primeira vista trazem um senso de utilidade, mas o poder do homem em relação ao mundo material não será alterado, pois não há de fato um novo efeito técnico, produto ou processo industrial.

No Brasil a Lei de Propriedade Industrial define duas formas distintas de regularizar o objeto a ser tutelado: as patentes e os registros. A primeira será utilizada para as invenções e os modelos de utilidade, as invenções terão a sua patente no mínimo por 10 (dez) anos e no máximo 20 (vinte) anos, enquanto os modelos de utilidade tem que ter no mínimo sete anos e no máximo 15 (quinze) anos, e ambas não podem ser prorrogadas. O registro engloba o desenho industrial e as marcas, ambos têm uma duração de 10 (dez) anos, entretanto, o desenho industrial é prorrogável por até três períodos de cinco anos cada, enquanto a marca não possui limites para sua prorrogação, entretanto ela requer um ano antes do término.

1.1. Direito autoral

“(…) Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.”(BITTAR, 2019, p.25).

A tutela do Direito Autoral será aplicado às propriedades intelectuais que não possuam desenvolvimento técnico. Como já anteriormente citado obras que aparentam ter um

senso técnico, como a citada planta arquitetônica, nem sempre serão tuteladas pela Lei de Propriedade Industrial, logo receberão a defesa da Lei nº 9.610/98, que trata sobre os direitos autorais.

De antemão deve-se analisar a origem da criação autoral, o autor. Um indivíduo, que através dos dotes da criatividade inerente à espécie do ser humano, encontra um conceito original dentro de si, esse conceito pode ser manifestado em várias formas, uma estátua, um livro, um roteiro e até mesmo uma locução.

O dote da criatividade tem sido notado desde a Era Pré-Histórica, onde a escrita não existia, e os registros históricos são encontrados em formas não escritas, destacando gravuras, pinturas e fragmentos de joalheria e ornamentação. Todas essas formas mostram o surgimento de criações não úteis, com o intuito de serem uma manifestação do espírito das pessoas ou que façam o coletivo contemplar ou imaginar pelos estímulos trazidos pelas obras.

Com o tempo o artista começou ter a sua autoria protegida, na Antiguidade Clássica se denota que as artes, textos e estátuas começaram a ter o nome de quem as fez, assim o princípio do direito moral autoral nasce, visto que o prestígio, notoriedade e reputação começam a se tornar coisas valiosas para as pessoas do meio, tanto os autores como aqueles que os contratavam.

No decorrer da Idade Média na Europa artistas eram contratados por nobres e pelo clero, para a realização de pinturas ou até mesmo plantas arquitetônicas, através de contratos, não abrindo mão de serem reconhecidos pelas suas criações, mas um tipo de obra recebe um novo significado no final dessa época, os livros, esses que eram copiados a mão, logo não havia a possibilidade de fazer uma venda em massa ou muito menos internacional, pois tal método demorava tempo e precisava de alguém habilidoso que não errasse na transcrição do livro, outro fator é a população geral na Europa medieval não sabia ler, a parcela que possuía tal habilidade era o clero e uma fração de nobres apenas, logo a cultura e o conhecimento sempre estavam longe da compreensão do povo comum.

No final da Idade Média surge uma tecnologia que iria alterar por completo a reprodução de obras literárias, a imprensa de Gutenberg, um sistema que era muito distinto da forma anterior de fazer livros, onde não era necessário um especialista para a reproduzir um livro. A imprensa funcionava da seguinte forma: “fazia-se um molde com os caracteres móveis e, a partir dele, imprimiam-se quantas cópias o estoque de tinta à base de óleo suportasse.”(FERNANDES, Cláudio. Invenção da imprensa; Brasil Escola).

Com a reprodução em massa da imprensa, as pessoas começam a ter acesso a livros e

a leitura, aos poucos aprendendo a ler e interpretar, quebrando o monopólio do conhecimento. O que toca o direito do autor é a relevância econômica ganha nas suas obras, pois começa a ocorrer um giro de capital na venda de livros, e isso será seguido pela Revolução Industrial, onde os meios de produção são completamente alterados, junto com a própria noção de poder, visto que a burguesia inglesa consegue o poder político, afastando a monarquia absolutista e a nobreza feudal. Essa mudança de paradigmas reforçou o fato que os autores precisam ter as suas obras defendidas, não apenas moralmente, mas patrimonialmente, assim surgindo a base do direito patrimonial autoral, ainda não feita uma convenção ou tratado internacional estabelecendo-o, mas a necessidade entra em pauta. Países elaboram textos para defender esses autores, como no *Copyright Act* feito pela Rainha Ana da Inglaterra em 10 de abril de 1710 e os Estados Unidos insere norma na sua Constituição em 1783, precedida de regras estaduais, e depois com a edição do *Federal Copyright Act*, em 31 de maio de 1790.

Antes da já citada Convenção de Berna em 1886, surgiu um caso relevante para a jurisprudência do direito autoral, o caso “*arrêt Rosa Bonheur*”, na França no dia quatro de julho de 1865, comentado por Carlos Alberto Bittar:

(...) reconheceu como legítima a recusa de um pintor em entregar obra encomendada e paga (retrato de dama), decidindo, no conflito entre a obrigação precípua e o direito da personalidade, pela prevalência do segundo, sufragando, assim, a tese de que o direito do encomendante cedia à defesa do direito pessoal do artista, com a conversão da obrigação em perdas e danos (decisão logo seguida por outras: Whistler, Camoin Rouault, Bonnard e Picabia). (2019, p.9).

Logo, este caso estabelece uma base jurisprudencial para a defesa do direito moral sobre a obra.

O direito autoral teve uma construção interessante, onde os seus aspectos surgiram com as necessidades dos autores que foram surgindo no decorrer da história, ele se separa em dois aspectos: o moral e o patrimonial. O primeiro se trata do reconhecimento do autor, um direito inalienável, no qual o mesmo terá atribuído à obra para si, mesmo que use um pseudônimo ou venha a falecer, assim sempre sendo reconhecido pela sua criação. No caso de obra coletiva, o indivíduo poderá escolher se o seu nome será indicado ou apresentado, e isso não interferirá na sua remuneração pela obra.

O segundo aspecto, o patrimonial, se trata do direito de exclusividade do autor usufruir economicamente da sua obra. Essa exclusividade poderá ser negociada, mas o autor não é obrigado a fazer contratos com ninguém. Ao contrário do direito moral, este tem uma prescrição, no Brasil é redigido pelo art. 41, caput da Lei dos Direitos Autorais : “ Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.” Os herdeiros do autor terão

o direito sobre a obra, este assunto tem sido conflituoso em alguns casos, não apenas para saber quanto cada herdeiro terá do lucro das obras, mas também renegociações contratuais com quem o autor havia acordado antes da sua morte. Este artigo se aprofundará no aspecto econômico, visto que ele é fundamental para a explicação da exploração econômica das obras.

Nos dias de hoje os dois sistemas adotados internacionalmente do direito autoral são o *Copyright*¹ e o *droit d'auteur*² sistemas que surgiram, respectivamente, da Convenção de Washington e da Convenção de Berna. Sistemas conflitantes, que nos últimos 150 (cento e cinquenta) anos têm discordado sobre como deve ser feita a tutela do direito autoral, principalmente sobre o direito moral do autor e a necessidade de ser feito o registro da obra para que sua obra seja protegida.

O Brasil adota o sistema *droit d'auteur*, ele reconhece o direito moral do autor como algo inalienável e de extrema relevância, da mesma forma que permite o autor a poder explorar economicamente a sua obra, mesmo sem o registro da obra, sendo um direito conexo, mas na prática é recomendado que esses criadores façam o registro no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, conhecido como ECAD, para evitar as incertezas da autoria quando a obra já estiver circulando no mercado, e utilizar o registro como prova da autoria da obra.

Os Estados Unidos da América é o país mais conhecido por adotar o sistema de *Copyright*, que por sua vez, gira em torno do registro para que o autor tenha a sua obra protegida, logo o direito moral, o reconhecimento e a exclusividade de explorá-la economicamente, tudo depende de um ato soberano do Estado de conceder o registro para o autor.

O conflito entre esses dois sistemas traz algo relevante para o cenário internacional, pois nos dias de hoje, muitas obras do cinema e entretenimento são produzidas nos Estados Unidos, logo é gerada muita confusão sobre qual sistema a comunidade internacional adota. Autores ao redor do mundo sentem uma insegurança se as suas obras estão de fato protegidas, ou se algum estúdio poderia se apropriar dela sem a devida autorização por parte do autor.

Como dito anteriormente, a propriedade industrial e o direito autoral têm grandes diferenças, tanto em objeto, como forma de registrar e na sua duração. Primeiramente, é importante constar que no direito do autor não é necessário registrar a obra para a devida

¹ Tradução nossa: direito de cópia.

² Tradução nossa: direito do autor.

tutela acontecer, pois na lei brasileira o registro é facultativo.

A tutela surge com a criação da obra, logo o vínculo é feito com o titular. O principal requisito da tutela autoral é a originalidade, algo mais subjetivo por se tratar do indivíduo, ao contrário da propriedade industrial, que o principal requisito é a novidade, algo mais objetivo e que trata com o coletivo e no geral com a comunidade especializada na área que a patente ou registro serão feitos.

A duração do direito também é diferente, visto que na propriedade industrial, elas começam a ser contadas a partir do efetivo registro ou patente, logo possuindo prazos menores, com exceção da marca, enquanto no direito autoral brasileiro, o direito moral do autor será perpétuo e mesmo após a sua morte, e o direito patrimonial terá uma duração de setenta anos após a morte do seu autor, e o direito será sucedido pelos seus familiares.

Essas propriedades intelectuais possuem um tratamento distinto pois, o interesse da sociedade é diferente para cada uma, visto que no geral as propriedades industriais existem para ajudar a sociedade, remédios por exemplo, e não é possível que o seu criador capitalize tanto em cima de algo que toda uma nação pode precisar por um preço mais acessível, um aspecto bem destoante das obras autorais, onde a exclusividade do autor não irá afetar a sociedade, pela sua obra estar ou não em domínio público.

No art. 7º da Lei dos Direitos Autorais, lista as obras autorais que serão protegidas pela lei, esclarecendo que essas obras podem ser tanto tangíveis como intangíveis, além de que ao usar a expressão “tais como”, abre uma margem de interpretação aberta, para objetos que podem se relacionar a obra, e não um entendimento restrito. Neste artigo a ênfase será sobre um objeto inatingível, o personagem fictício, que pode ser fruto de livros, quadrinhos, longas-metragens, curta-metragens entre outras obras.

Por se tratar de um personagem fictício os direitos da personalidade não se enquadram a eles, logo a sua imagem será defendida pelo direito autoral do seu criador.

2. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA

A criação de uma propriedade intelectual acarreta uma série de direitos para o seu criador, e desses direitos surgem oportunidades de capitalizar em cima da obra.

O direito patrimonial autoral está diretamente relacionado com o potencial do autor explorar economicamente a sua obra, visto que ele possui o monopólio de qualquer forma que a sua criação possa ser exposta ou oferecida no mercado

O Capítulo III, do Título III, da Lei 9.610/98 rege os direitos patrimoniais e

estabelece os parâmetros mínimos para a defesa do autor, principalmente no art. 29, que lista as possíveis modalidades de utilização, e suas conexas através da expressão “tais como”, que precisam de autorização prévia e expressa do autor para que sejam utilizadas.

José Carlos Costa Netto, na sua obra aponta que existem dois elementos fundamentais para que terceiros utilizem obra intelectual autoral:

- (a) a obrigatoriedade de autorização ou licença (concessão) ou cessão de direitos;
- (b) a delimitação das condições de uso – nos dois casos: de concessão ou cessão – da obra pelo licenciado ou cessionário dos direitos autorais correspondentes. (2018, p. 241).

O direito patrimonial autoral se encontra no âmbito do direito privado civil, no Brasil será tratado e negociado através de contratos feitos pela vontade livre do autor, visto que ele possui exclusividade sobre a sua obra, e pode negociar os assuntos que ele quiser, pelo preço aceito por ele.

A ideia da lei estabelecer todas essas vantagens para o autor, é para que o autor não tenha desvantagem nas negociações com terceiros, pois naturalmente, autores, de obras literárias por exemplo, são dependentes de editoras para que os seus trabalhos possam ser produzidos em larga escala e depois enviados para o grande público, logo, sem essas garantias, terceiros poderiam se apropriar por completo da obra, o autor não teria nem o reconhecimento e nem a compensação financeira por tê-la criado.

É interessante que no decorrer dos anos, a exclusividade do direito patrimonial tem tido o seu valor aumentado com o tempo, por exemplo, o diretor, roteirista e produtor George Walton Lucas Jr., o criador do universo de *Star Wars*³. Lucas Bicudo (2021) conta no seu artigo sobre a trajetória de George e sobre como ele usufruiu das licenças de uma forma distinta. Em 1977, após muitos estúdios terem recusado a sua proposta de produzir o primeiro filme de *Star Wars*, conseguiu um contrato com a 20th Century Fox, que hoje é conhecida como 20th Century Studio, no contrato foram negociadas as licenças, como camisetas e pôsteres, o diretor abriu mão delas, além de uma parcela considerável do seu salário, mas com o intuito de manter para si a licença na produção de brinquedos dos personagens e das naves espaciais do filme, com isso o diretor conseguiu faturar US\$ 200 milhões em bonecos. George Lucas é um exemplo quando se trata de capitalizar o universo que criou, pois além de ter criado a própria empresa, a Lucasfilm Ltd, ele continuou a licenciar produtos através dos anos, e teve a idéia de expandir a sua criação para outros tipos de mídia, como livros e jogos eletrônicos, criando o próprio estúdio de jogos, a LucasArts Entertainment Company LLC. Até o ano da transmissão completa da sua obra,

³ Tradução nossa: Guerra nas Estrelas.

através da venda da Lucasfilm, é estipulado que George Lucas deva ter faturado US\$ 28 bilhões apenas em licenciamentos.

O caso de *Star Wars*, e do seu diretor George Lucas, apresenta quanto um autor pode explorar a obra em formas distintas, ele não se concentrou nos royalties da bilheteria, ou na venda do filme em DVDs ou nas reproduções que passavam canais de televisão, ele foi além. Tudo isso é possível pois no momento que ele registrou as suas ideias, ele tinha todos os aspectos da sua obra para serem negociados.

A exploração econômica pode ir além, um personagem fictício pode sair do aspecto da criação autoral, por exemplo o caso da personagem Mônica, que hoje em dia é também marca, pertencente a empresa Maurício de Sousa Produções Ltda, uma empresa que nasceu de uma obra autoral. A jornalista Letícia Muniz (2012, p.1) aponta no seu artigo, que a Maurício de Sousa Produções é detentora do maior número de licenciamentos no Brasil, anualmente movimentando R\$ 2,7 bilhões, sendo 90% deste valor apenas em licenciamentos. A pluralidade de licenciamentos feitos por eles é gigantesca, de fraldas descartáveis até uma linha de frutas e vegetais, sendo as Maças da Turma da Mônica responsáveis por 10% da venda de frutas do Grupo Fischer.

Logo se nota como a venda de produtos licenciados, mesmo não tendo nada haver com a obra no primeiro momento, conseguem alavancar as vendas e trazer notoriedade para o produto.

Na Lei dos Direitos Autorais é estabelecido que existem mais de uma forma de transmitir os direitos, mas também se cria a possibilidade do uso da propriedade intelectual e estabelecer uma porcentagem do lucro que será transmitido para o autor, também conhecido como os já citados, os royalties.

2.1. Formas de exploração econômica

A exploração econômica das obras é de extrema relevância por ser a fonte principal de renda para aqueles que vivem das suas criações, e o direito autoral é um direito privado no aspecto civil, logo as formas de capitalização serão através dos contratos.

O contrato é uma forma de transferência do direito patrimonial, regidos do art. 49 até o art. 52, da Lei dos Direitos Autorais, estipulando a transferência total e parcial, e não estabelece formas fixas ou específicas, mas cita a licitação, a cessão e a concessão, mesmo não listando formas específicas, ela coloca limitações para qualquer transferência.

Os formatos citados possuem as suas diferenças ao serem aplicadas em casos práticos. Em artigo publicado pela OAB SP, Andréa Cervi Francez e Guilherme Chaves Sant'Anna definem os contratos de cessão:

É o ato pelo qual o titular de direitos patrimoniais do autor transfere tais direitos, total ou parcialmente, em geral, para uma subsequente utilização pública da obra geradora desses mesmos direitos. Opera efeitos semelhantes aos da compra e venda, porque o cedente aliena seus direitos, que se transferem para a titularidade do cessionário, tal como ocorre entre vendedor e comprador. Por esse motivo, é corriqueiro o uso das expressões “vender” e “comprar” entre os fotógrafos, para indicar a alienação de direitos autorais operada mediante contrato de cessão, muito embora não sejam adequadas para a designação de cessão..(2010, p.1).

Como dito anteriormente na introdução deste artigo, os contratos de licença não são citados na LDA, logo é fundamental diferenciá-la. Eliane Y. Abrão, em seu livro, faz um confronto definido entre a cessão e a licença:

A cessão parcial confunde-se muitas vezes com a licença, porque ambas têm eficácia menor em relação à cessão total a título universal ou singular. A lei não define licença, tampouco a regulamenta, mas é certo afirmar-se que se trata de uma autorização de uso, de exploração, e não de uma transferência de direitos. (2002, p.136).

A autora aduz que:

(...) o que distingue cessão de direitos, parcial ou integral, e licenças exclusivas, das licenças não exclusivas é a oponibilidade erga omnes das primeiras. No Brasil, exclusividade é condição prevista em lei somente para o contrato de edição (art.53). (2002, p.136).

E finaliza dizendo que:

(...) na licença, o autor tem muito mais liberdade para determinar os destinos e explorações de sua obra, mas terá mais trabalho para controlá-las. Na cessão, se poupado do trabalho, deixará a fiscalização dela ao cessionário, o que implica dever de confiança. (2002, p.136).

A distinção entre as formas consegue esclarecer como funcionará o contrato de licenças, e traz uma vantagem interessante para o autor, pois a licença se trata de um aspecto específico, que não necessariamente precisa ser exclusivo para aquele terceiro, o autor terá uma moeda mais valiosa, pois a possibilidade de venda de uma licença não exclusiva trará um precedente econômico, no qual uma empresa que produz brinquedos, terá o desejo de ter o monopólio para produzir bonecos da obra, por exemplo, em Star Wars citado anteriormente, visto que os concorrentes não poderiam produzir nenhum brinquedo desta propriedade intelectual. Mas se a proposta não agrada o autor, ele poderá vender múltiplas licenças não exclusivas para a produção de brinquedo para as outras empresas, logo elas teriam que concorrer entre elas para oferecer o melhor produto no mercado, e caso uma ou outra não lucre, o autor não será prejudicado.

O tempo será um fator importante a ser estipulado, influenciando na forma que o autor será pago, se o preço da licença será uma quantia fixa paga ao fechar o contrato, ou se

uma porcentagem dos lucros das vendas dos produtos licenciados serão encaminhados para o autor. As licenças tendem a ser temporais, com prazo expresso em contrato, caso não sejam expressas o prazo máximo será de cinco anos⁴, após o vencimento dos prazos, o costume é se reunirem e estipularem um contrato que dê sequência ao anterior.

As licenças trabalham com o ritmo do autor, e com a manutenção feita por ele mesmo, o pertinente desta forma contratual é a abertura das diversas possibilidades que o autor poderá capitalizar na sua obra, logo os elementos da obra, entrando em cena os personagens fictícios, visto que eles podem crescer tanto ao ponto de se tornarem tão famosos quanto as obras e os autores delas, dentro da tutela do direito autoral, não existe um direito de imagem para eles, visto que são apenas personagens fictícios.

Estes contratos são aplicados para criadores autônomos, visto que empresas têm autores contratados através de contrato de trabalho, fixando salário ou variando dependendo da vendagem da propriedade intelectual criada, no caso de autores literários, geralmente é fixado em dez por cento das vendas, e ir recebendo esse dinheiro com o passar do tempo.

O formato contratual da autorização do uso de direitos autorais não é citado na legislação, algo negativo, visto que tem sido um formato de uso fácil para os autores capitalizarem as suas obras, este formato mencionado no mesmo artigo feito por Andréa Cervi Francez e Guilherme Chaves Sant'Anna:

Por fim, devemos mencionar a figura da autorização, muito utilizada pelos profissionais do ramo de Direitos Autorais, para fugir das formalidades existentes nos contratos de licença ou cessão, consistindo em um documento em que se autoriza a prática de um ato ou negócio jurídico (2010, p.1).

A legislação utiliza o termo concessão, entretanto se cria um problema com essa palavra, por ser utilizada no Direito Administrativo, e porque na realidade o contrato de concessão de direitos autorais são muito raros nos dias de hoje, no artigo citado anteriormente, os autores apontam como a legislação deveria se atualizar para os formatos utilizados de fato pelos autores:

Pela exposição dos conceitos retro, pode-se dizer que teria sido mais acertado que o legislador se ativesse às expressões cessão e licença, para designar esse ato de transferência dos direitos de autor, deixando a expressão “concessão” para uso reservado do D. Administrativo, considerando que a mesma nada acrescenta, em seara do Direito Autoral. Por sua vez, a autorização, sequer mencionada na lei, provavelmente continuará sendo utilizada para documentar uma transferência de direitos, de modo mais informal (2010, p.1).

⁴ Vide art. 49, III, da Lei dos Direitos Autorais.

Há muitas formas para os autores viabilizarem uma renda formidável sobre os componentes das suas obras, mas da mesma forma haverá maneiras de terceiros utilizarem sem adequada autorização por parte do autor.

3. DESDOBRAMENTOS DA VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

O direito autoral tem apresentado até agora as suas formas, neste capítulo serão apresentadas as consequências da violação dos direitos do autor.

Como citado anteriormente, o direito autoral é dividido entre moral e patrimonial, logo a violação de obra protegida poderá infringir um ou ambos os aspectos, e dependendo da violação, poderá ser colocado em pauta a reputação do autor caso tenha sido prejudicada.

O Título VII da LDA será responsável de tratar os tipos de violações, complementando a lei branca que tipifica a violação de direito autoral como crime, o art. 184 do Código Penal.

O direito autoral pode ser violado de formas distintas, mas independente da forma da violação, haverá consequências do ato. A transgressão cria uma prerrogativa, onde o autor terá a oportunidade de cuidar dessa lesão, utilizando os dispositivos jurídicos ofertados pela tutela doseu direito.

Caso já houvesse uma relação contratual prévia, o contrato será utilizado como evidência de transgressão do que já havia sido acordado, dependendo do caso as penalidades de violação de contrato já foram previamente estabelecidas.

O real desdobramento se trata do vínculo criado entre as partes, uma consequência da violação de qualquer direito, onde o autor poderá reconstituir os danos sofridos.

3.1. Tipos de violação

As violações são criadoras de vínculos entre as partes, entretanto, poderia haver vínculos prévios entre eles, um contrato, com cláusulas fixadas e acordadas entre o autor e o interessado. A partir disso é possível separar-las, Carlos Alberto Bittar enquadra as transgressões em dois grupos:

Pode-se, no entanto, resumir as violações a ações refratárias a direitos do titular em relações de ordem contratual, ou a normas que as protegem, como as consistentes no descumprimento total ou parcial da avença (falta de remuneração; ausência de prestação de contas; extrapolação dos limites de exemplares permitidos; falta de numeração de exemplares editados), ou nas relações extracontratuais, encontráveis basicamente no uso indevido de obra alheia (ações que ferem a exclusividade do titular, ou seja, de reprodução ou representação de obra, sem autorização do autor, pelas diferentes modalidades possíveis). Além disso, no âmbito contratual, as lesões podem ocorrer desde a prática de atos preparatórios para o ajuste até depois de exaurida a respectiva execução (nas edições ou tiragens clandestinas, realizadas depois de esgotado o estoque convencionado). (2019, pg.144).

A lei trará parâmetro para algumas formas contratuais específicas, mas também buscará requisitos mínimos para formas não citadas na lei. O art.4º da LDA traz um parâmetro fundamental, a forma que os negócios jurídicos serão interpretados, definindo a interpretação restritiva, logo os contratos de licença, autorização, concessão ou cessão, precisam de cláusulas expressas e esclarecidas para evitar possíveis transgressões contra o autor, visto que tal forma interpretativa, será feita em benefício do autor.

O formato da interpretação restritiva gera uma abertura sobre como o terceiro irá utilizar a obra, visto que para cada nova utilização deverá haver uma compensação para o autor, a não ser que tenha as cláusulas para os usos futuros da obra. A criação de um limite de uso existe para que o autor não tenha sua obra utilizada sem ser contribuído, por exemplo, uma empresa fez um contrato para fazer um modelo de camiseta com a personagem da Maurício de Sousa produções, a Mônica, deve ser estabelecido no contrato quantas camisetas serão produzidas, se a compensação será feita através de um valor fixo pago na hora de firmar o contrato ou se uma porcentagem do lucro arrecadado será distribuído para a autoria. E deve se notar que foi citado a manufatura de apenas um modelo de camiseta, no cotidiano essas empresas de roupa estabelecem um contrato para a venda de uma coleção com diversos modelos, e tudo deve ser estabelecido de forma expressa e escrita para que não tenha problemas de interpretação contratual.

Carlos Alberto Bittar elucida a forma restritiva no contrato de trabalho do autor assalariado:

Dessa forma, considerando que, na obra sob encomenda, o titular conserva seus direitos, mesmo quando assalariado – com as limitações próprias da espécie –, não pode a empresa senão usá-la na forma correspondente ao ajuste, não cabendo, pois, fazer qualquer ulterior aproveitamento, sem o consentimento do autor. Nesses termos, não está autorizada empresa de televisão a usar novela, em venda, locação, ou cessão de cópias, se não dispuser de expressa permissão contratual, eis que o salário (ou honorário) pago remunera apenas o serviço prestado e não a utilização da obra (2019, pg.109).

A interpretação restritiva é uma forma recorrente de violação dos direitos autorais, principalmente por ser feita em benefício do detentor dos direitos autorais.

No inciso V, do art. 49 da LDA, Lei dos Direitos Autorais, consta que “a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato”, isso é importante para os casos em que novos formatos de mídia nascem, por exemplo os serviços de *streaming*, que não apenas englobam séries e filmes, mas também, músicas, livros e jogos eletrônicos. Se o terceiro que comprar a cessão do autor, de publicar o seu livro fisicamente ao redor do mundo, e publicar o livro em um serviço de *streaming*, será criado um precedente para o autor negociar novamente o contrato e aumentar o valor, ou de tomar para si o direito de publicar o

livro nesse serviço, logo cada utilização ou processo de utilização deverão ser escritos e expressos em contrato.

A forma extracontratual seria uma das mais recorrentes no dia a dia brasileiro, com a venda de produtos não licenciados, por exemplo, as feiras de bairro, ou grandes bairros comerciais, onde tem brinquedos, roupas e entre outros tipos de produtos que o autor não receberá nada pelo uso da sua obra.

Em todas essas formas citadas, o autor terá o seu patrimônio violado, mas as lesões não ficam apenas no âmbito patrimonial, será cabível danos morais para o uso de obra e não serem dados os devidos créditos para o autor, mesmo que seja um uso sem fins lucrativos, o autor precisa autorizar e mesmo que a obra esteja em domínio público, o autor deverá ser creditado.

Existem casos que surgem prerrogativas interessantes, uma propriedade intelectual que se encontra em uma meia fase, de estar protegida e de estar sob domínio público. O caso mais recente ocorreu nos Estados Unidos, na Corte do Novo México, onde o Conan Doyle Estate LTD. através de seu representante, entraram com um ação de violação de direitos autorais contra réus múltiplos, envolvendo a escritora Nancy Springer, Legendary Picture Productions LLC. e a produtora Netflix INC., entre outros⁵. O Conan Doyle Estate LTD é detentora dos direitos autorais dos livros escritos pelo escritor Arthur Conan Doyle, criador do famoso detetive Sherlock Holmes, e a ação se trata sobre o uso do personagem no filme de 2020 publicado pela Netflix, e também pelo livro que inspirou o filme, Enola Holmes. A história se trata de que Sherlock teria uma irmã mais nova, Enola, e no decorrer da história, o grande detetive famoso por ser frio e indiferente, apresenta empatia com a causa feminista do século XIX, gentileza com uma irmã. Acontece que a maioria das obras escritas por Conan Doyle já se encontram em domínio público, menos as que ele escreveu depois da Primeira Guerra Mundial, nas histórias publicadas pós-guerra, o detetive apresenta características diferentes como gentileza e respeito. Acontece que a parte autora utilizou de argumento que o Sherlock Holmes que está em domínio público é o frio e calculista, e não um que apresente um lado carinhoso e que se importa com as pessoas, em contrapartida, a defesa alegou que os direitos autorais sobre essas obras específicas não se aplicam a conceitos genéricos como carinho, gentileza, empatia ou respeito, visto que nem os livros de Nancy Springer e nem o filme de 2020, apresentam personagens ou histórias dos livros que ainda se encontram na

⁵ Vide os autos do caso nº 1:20-cv-00610, da Corte do Novo México.

proteção dos direitos autorais.

O caso foi resolvido sem a resolução dos méritos, estipula-se que as partes chegaram a um acordo, outro fator relevante é que até 2023 todas as obras de Conan Doyle já estarão em domínio público. Mesmo sem resolução do mérito, o caso é digno de ser analisado, visto que é muito raro encontrar um personagem fictício tão famoso quanto Sherlock Holmes, que se encontra tanto em domínio público como protegido. Pode ser analisado que para ter uma causa autoral de fato, para um personagem que se encontra nessa zona cinza, é necessário mais do que conceitos genéricos, seria necessário o personagem de fato citar algo que ocorreu em uma das obras que ainda estão protegidas, é necessário algo concreto.

No Brasil os direitos autorais possuem limites, regidos pelos arts. 46, 47 e 48 da LDA, mas é válido ressaltar o art. 47, que permite paráfrases e paródias que não sejam reproduções das obras originais e nem impliquem descrédito para a obra e autor. Entretanto há uma linha tênue em relação às paródias, pois muitas pessoas não entendem o que de fato ela é.

O conceito das paródias foi bem tratado em uma caso que ocorreu no Brasil em 2012, onde a Globo Comunicação e Participações S.A. e o artista Rodrigo José Sant'Anna entraram em uma ação de plágio contra TV Omega LTDA, conhecida como Rede TV. A ação consistia na Rede TV ter plagiado a personagem “Valéria Bandida”, criada e interpretada por Rodrigo, e passava no programa “Zorra Total”, da TV Globo. A ré supostamente criou uma personagem conhecida como “Valdete”, utilizada para a cobertura do carnaval de 2012 feita pela emissora. Além de nomes similares, a personagem utilizava o mesmo bordão que a personagem criada por Rodrigo, logo em primeira instância o argumento da defesa, dizendo que era plágio foi negado pelo juiz. O caso chegou até instâncias superiores, no Superior Tribunal de Justiça, onde a jurisprudência trouxe algo muito relevante para o artigo, pois, a TV Globo é detentora dos direitos de cessão total do personagem, logo ela também seria compensada, correto? Acontece que a ação condenou o réu em deixar de usar a personagem “Valdete” e a pagar danos morais para a emissora e o artista, entretanto, o STJ definiu⁶, que como os direitos morais são inalienáveis, apenas o artista Rodrigo deveria receber por danos morais.

O caso “Valdete” traz uma violação de direito autoral extracontratual, moral e que tentou utilizar a regra da exceção da paródia como defesa, mas não passou de uma reprodução da obra original.

3.2. Formas de cobrança

Após ser avaliado a espécie da violação do direito do autor, será enquadrado as formas de cobrar, que podem ser através de: sanções civis, sanções penais e sanções administrativas. As de caráter civil e administrativo são tratadas pela própria de Lei de Direitos Autorais, enquanto as penais são tipificadas pelo art. 184 do Código Penal.

A distinção entre as sanções é que a civil objetiva a reparação do dano⁷, enquanto a penal configura resposta do Estado a uma prática criminosa. A violação de direito autoral causa dano ao titular desse direito, passível de indenização, sanção civil, mas pode configurar crime também⁸, acarretando a aplicação da pena correspondente. A administrativa não evoluiu tão bem quanto as outras, pois será em casos mais específicos que se enquadrem na competência do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, criado pelo Decreto n. 5.244, de catorze de outubro de 2004. Conforme o seu art. 1º, o Conselho tem a finalidade de elaborar as diretrizes para a formulação e proposição de plano nacional de combate à pirataria, à sonegação fiscal dela decorrente e aos delitos contra a propriedade intelectual.

Note-se que as três sanções citadas podem ser independentes, sucessivas ou cumulativas, abrindo um leque de oportunidades para o autor, e com isso tentar desincentivar que violem esses direitos, pois haverá reações cabíveis de prejudicar de fato os violadores.

Carlos Alberto Bittar elabora e exemplifica as possíveis reações para as violações autorais:

Diferentes são as formas de reação possíveis em tema de tutela de direitos autorais e conexos, em função de reflexos variados e tendentes fundamentalmente a obter: a) abstenção de continuação de atos violadores (ou inibição prática de ação violadora); b) apreensão de coisas nascidas do ilícito (retirada de circulação do material); c) reparação de prejuízos de ordem moral e patrimonial (com danos emergentes e lucros cessantes); e d) apenação do agente (com cominações de ordem pecuniária, privativa de liberdade ou mista), conforme dispõe o art. 101 da lei. (2019. pg.145).

No caso da venda de produtos não licenciados, o autor deverá procurar os responsáveis pela venda e por quem de fato o produz, visto que os possíveis réus visam lucro sem a devida compensação ao autor. A produção deles será interrompida, os que não foram vendidos serão apreendidos, depois será estipulado o lucro obtido pelos réus e será feita uma compensação, que pode ser tanto negociada ou determinada pelo juiz. Por fim, poderá ser aplicada a sanção penal contra os réus, caso seja uma violação simples poderá imputar detenção de três meses até um ano, entretanto, no caso de reprodução total ou parcial, ou de

⁶ Resposta do STJ se encontra nos autos da Resp 1615980.

⁷ Vide art. 927 do Código Civil.

⁸ Vide art. 184 do Código Penal.

venda de produtos sem autorização expressa e com intuito de lucro, poderá ser imputada de dois a quatro anos de reclusão.

CONCLUSÕES

O direito está em constante avanço, para que todos possam ser protegidos, até aqueles que possuem um bem que não existe no mundo material.

As possibilidades de *merchandising* sempre estão a crescer, com diversas formas do autor explorar a sua criação. O personagem não está preso no livro ou no filme, ele pode estar em todos os lugares, como visto nos casos de George Lucas e do Maurício de Sousa, que foram além do que era visto na época.

Empresas que surgem de uma criação autoral tem se tornado recorrente nos últimos anos, com até personagens se tornando as marcas das empresas, com um giro de capital surpreendente na área da cultura e das artes.

Há muitas formas de violar uma obra protegida, entretanto elas sempre caem nas prerrogativas pré estabelecidas pela lei, no contrato firmado ou até mesmo pela jurisprudência, tanto nacional como pelo direito comparado. Com os novos meios de comunicação os autores têm se sentido reféns da boa-fé alheia, mas esses novos meios, trazem um mar de possibilidades para usufruírem e expandir as suas criações pelo mundo, pois o personagem dela será conhecido em lugares que ela nunca imaginaria.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo, Ed. do Brasil, 1ª. ed., 2002.

BARBOSA, Dênis Borges. *Introdução à Propriedade Intelectual*. 2a ed. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.
BICUDO, Lucas. Você sabe qual foi a grande sacada da carreira de George Lucas?. Revista Fora de Série. Disponível em: <https://forasdeserie.com/voce-sabe-qual-foi-a-grande-sacada-da-carreira-de-george-lucas/>. Acesso em: 22 out. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530986001. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530986001> . Acesso em: 18 out. 2021.
Caso nº 1:20-cv-00610. Disponível em: <https://copyright.byu.edu/00000172-ec2e-d791-ad76-ff7faade0000/conan-doyle-estates-complai nt>. Acesso em: 23 out. 2021

FERNANDES, Cláudio. "*Invenção da imprensa*": Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/invencao-imprensa.htm>. Acesso em: 19 de out. de 2021.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553611089. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553611089>. Acesso em: 23 out. 2021.

FRANCEZ, Andréa Cervi; SANT'ANNA, Guilherme Chaves. *Contrato de cessão de direitos: tempo, prazo e institutos afins*. OAB São Paulo. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-anteriores/direito-propriedade-imaterial/artigos/contrato-de-cessao-de-direitos-tempo-prazo-e-institutos-afins>. Acesso em: 18 out. 2021

IMBROISI, Margaret; MARTINS, Simone. *Arte Pré-Histórica. História das Artes, 2021*. Disponível em: <https://www.historiadasartes.com/nomundo/arte-na-antiguidade/pre-historia/>. Acesso em: 18 out. 2021.

MELLO, Roberto Corrêa de. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-jul-15/diferencas_entre_leis_brasil_estados_unidos. Acesso em: 13 out 2021.

MUNIZ, Letícia. *Turma da Mônica: da tirinha a uma marca de R\$ 2,7 bilhões*. Mundo Marketing, 2012. Disponível em: <https://www.mundodomarketing.com.br/reportagens/marca/24593/turma-da-monica-da-tirinha-a-uma-marca-de-r-2-7-bilhoes.html> . Acesso em: 22 out. 2021.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes*. 6ª ed. Editora Manole, 2018. 9788520457535. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520457535/>. Acesso em: 13 out. 2021.

**DIREITO RECUPERACIONAL E FALIMENTAR:
os instrumentos jurídicos introduzidos pela Lei 14.112/2020 e o exercício da
função social da empresa**

**RECOVERY AND BANKRUPTCY LAW:
the legal instruments introduced by Law 14.112/2020 and the exercise of the company's
social function**

JÚLIA MENDES DE SOUZA¹

RESUMO: O presente artigo analisa o atual procedimento adotado pela lei 11.101/2005, recentemente alterada pela lei 14.112/2020, nos processos de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência. A problemática enfrentada pela pesquisa é identificar a utilidade dos novos instrumentos jurídicos inseridos pela nova lei no exercício da função social da empresa. Conclui-se que os instrumentos jurídicos inseridos pela lei 14.112/2020 modernizam o procedimento recuperacional e falimentar, havendo uma maior possibilidade na manutenção das atividades empresariais e consequente função social da empresa. A pesquisa foi realizada pela técnica de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito recuperacional e falimentar; Função social da empresa; Nova lei de falência e recuperação judicial.

ABSTRACT: This article analyzes the current procedure adopted by law 11.101/2005, recently amended by law 14.112/2020, in Judicial Recovery, Extrajudicial Recovery and Bankruptcy processes. The problem faced by the research is to identify the usefulness of the new legal instruments introduced by the new law in the exercise of the company's social function. It is concluded that the legal instruments inserted by law 14,112/2020 modernize the reorganization and bankruptcy procedure, with a greater possibility in the maintenance of business activities and consequent social function of the company. The research was carried out using the documentary and bibliographic research technique.

Keywords: Recovery and bankruptcy law; Social function of the company; New bankruptcy and judicial recovery law.

INTRODUÇÃO

O Direito Recuperacional e Falimentar é assunto que suscita diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo com a promulgação da lei 14.112 de 24 de dezembro de 2020, que alterou diversos dispositivos da lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 (que por sua vez foi promulgada após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional).

Antes da recente alteração da lei, a lei 11.101/2005 já havia alterado os princípios do sistema falimentar brasileiro, privilegiando a manutenção da atividade produtiva, tanto dos empregados, quanto da fonte geradora de tributos, criando assim um a representatividade de

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Artigo elaborado sob orientação do Prof. Luis Inácio Carneiro Filho, publicado após aprovação do Trabalho de Curso.

uma profunda mudança cultural, com reflexos diretos nas relações entre devedor, credores e trabalhadores. Criou dispositivos que estimulam a negociação entre devedor e credores, de forma a encontrar soluções de mercado para empresas em dificuldades financeiras.

O objetivo central da Lei é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo assim a sua capacidade de produção e de geração de empregos e renda, oferecendo condições para que as empresas (que preencham os requisitos de lei (restrições de viabilidade e eficiência)) com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para sua recuperação, a partir de negociações com seus credores.

Anteriormente, o tema era regulamentado pelo Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945, que tratava da falência e regulava o instituto da concordata. O modelo procedimental da falência significava o encerramento da totalidade das atividades produtivas, sem qualquer participação ou benefícios aos credores da então massa falida. Neste contexto, a Lei de 1945 foi incapaz de preservar importantes empresas, muitas delas tradicionais e com marcas enraizadas na cultura nacional, fazendo com que importantes ativos, principalmente aqueles intangíveis, se perdessem, sendo que o arcabouço falimentar até então em vigor também não foi capaz, na maioria dos casos, de preservá-los cumprindo sua função social, mesmo que de forma isolada. Além disso, tal instituto amparava certas práticas ilícitas em desfavor dos interessados na satisfação das obrigações contraídas pela empresa em crise, de modo que ao longo do tempo o instituto falimentar teve seu objetivo desvirtuado, passando a ser utilizado como um mecanismo de cobrança.

Por outro lado, a concordata, regulamentada pelo mesmo regramento jurídico (Decreto-Lei 7.661/1945), se tratava de benefício dado pelo Estado desde que cumpridas certas formalidades legais, sendo divididas em duas espécies: a preventiva (quando requerida antes da declaração da falência) e a suspensiva (quando requerida após a declaração falência).

Assim, são diversos os fatores que tornaram o Decreto-Lei 7.661/45 praticamente obsoleto.

Em primeiro lugar, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, deu início ao Estado Democrático de Direito, tendo entre os seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que por si só já demonstra a grande responsabilidade social de uma empresa na sociedade, independentemente de seu porte. Corroborando com esse fundamento, o artigo 170 da Carta Magna, pertencente ao capítulo I, do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, determina que sejam observados, dentre os vários princípios: da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre

concorrência; da redução das desigualdades regionais e sociais; e da busca do pleno emprego.

Outro ponto a ser destacado é que o processo de industrialização contribuiu para a construção de uma economia global, gerando interdependência entre as diversas atividades praticadas ao redor do globo. Dessa forma, a quebra de uma grande empresa pode gerar uma reação em cadeia, afetando não somente a economia do país, como também toda a sua sociedade.

Como consequência de todos esses fatores, tornou-se necessária a existência de uma legislação sólida, que permitisse que o instituto da falência significasse mais do que simplesmente a liquidação da empresa e de uma tentativa de satisfação de credores, além da necessidade da criação de um mecanismo jurídico que permitisse efetiva recuperação financeira da empresa, sem que as atividades fossem paralisadas, a fim de que os reflexos na sociedade fossem menores, visto que a concordata era meio extremamente incompatível para tal.

Assim, o surgiu o Projeto de Lei nº 4.376/1993, que posteriormente deu origem à lei que hoje conhecemos como “Lei de Recuperação de Empresas” (Lei nº 11.101/2005).

Considerando que já se passaram cerca de 16 (dezesseis) anos, quando da promulgação da lei 11.101/2005, foi promulgada a popularmente denominada “Nova Lei de Falências”, número 14.112/2020, conforme disposto na própria lei, a fim de “atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”.

Diante do cenário apresentado, e das alterações legislativas trazidas pela lei 14.112/2021, o presente estudo terá como escopo a análise aprofundada do atual procedimento recuperacional e falimentar, sobretudo em relação aos instrumentos jurídicos trazidos pelas alterações da lei 14.112/2020, e sua respectiva adequação ao princípio da função social da empresa.

1. A LEI 11.101 DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005

A existência de uma legislação falimentar eficiente é fundamental para o ambiente econômico, sendo há muito, discutida pela literatura da disciplina de direito e economia. Tais vertentes e institutos visam sobretudo garantir o respeito ao princípio da preservação da empresa, estimulando o investimento, o crédito e o emprego no Brasil.

Houve uma verdadeira revolução no ano de 2005 quando entrou em vigor a nova legislação ora alterada.

Dentre os procedimentos previstos, a recuperação extrajudicial permite exatamente

que o devedor, empresário, convoque seus credores, para propor alternativas para o seu endividamento, que podem envolver dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.

Mais do que uma mudança pontual, a recuperação judicial trouxe mudanças profundas nos paradigmas do direito de insolvência, justamente pela participação dos credores no processo de reestruturação e falência.

Diante deste novo cenário criado, há que se destacar a função social da empresa que foi claramente valorizada, diante dos preceitos de que sem ela, certamente a economia do país sofreria as consequências, eis que gera emprego e renda, e ainda contribui aos entes públicos em respeito à garantia da visão geral de bem comum.

A visão e a participação dos credores, frente à natural lógica da reestruturação empresarial mudou tanto que, conseqüentemente, se tornou necessário a prática e o decorrer do tempo para que tais mudanças significativas e revolucionárias, viessem a ser absorvidas pelos operadores do direito e pelos próprios empresários.

A recente reforma da lei 11.101/2005 representa uma importante mudança de paradigma no equilíbrio entre credores e devedor, destacando-se que, neste particular, os credores surgem como grandes favorecidos.

As novas normas trouxeram alterações com o intuito de otimizar a utilização produtiva dos ativos da empresa em crise, protegendo os empregos e a sua capacidade em crise, e também os empregos e a sua capacidade contributiva, em detrimento do empresário que a causou.

Diante de todo o exposto até aqui, cabe a reflexão de que a Lei em referência segue alguns princípios da atividade empresarial, os quais visam a preservação da função social da empresa, valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, conforme já acontece em outros países. A alteração visa também uma melhor aceitação do falido pela sociedade, tentando impedir que este empresário seja visto como um criminoso que por motivo de crise, pandemiasou até mesmo erros na gestão e administração do negócio, possa ser livre para empreender novamente, gerando receitas e contribuindo com o desenvolvimento da economia do país.

2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Preliminarmente à discussão quanto ao princípio da função social da empresa e quanto ao princípio da preservação da empresa, é importante discorrer sobre a propriedade e sua função social.

O Professor Dr. Marcos Andrey de Sousa, ensina em sua palestra “A recuperação

judicial e o princípio da preservação da empresa”² que, durante o período da Idade Média, o homem dependia da condição de proprietário para que os interesses próprios e de pessoas próximas e/ou dele dependentes fossem atendidos, pois a propriedade lhe garantia a possibilidade de produção de sua subsistência. Com a evolução da economia e o surgimento do comércio, consolidou-se a ideia de que não mais seria necessário ser detentor de propriedades para que fosse garantido o próprio sustento e dos demais integrantes da família, bastando para tal, que houvesse um emprego. Nesse sentido, temos que o emprego pode, eventualmente, gerar frutos que garantirão o direito de propriedade (como por exemplo a compra de um terreno), mas os conceitos são totalmente desvinculados, na medida da desnecessidade da titularidade de uma propriedade para que um indivíduo seja empregado. Daí a ideia de que a propriedade possibilita o atendimento de interesses que não somente o de seu titular, devendo, para isso, atender a função social.

A função social da empresa, como já é possível prever, é originada deste último fato, a propriedade para geração de empregos, o que, futuramente, consolidou-se na Constituição Federal de 1988 como propriedade social, voltada para a produção e circulação de bens e serviços, em seu artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, incluso no “Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”. A propriedade social, por sua vez, dá origem à “propriedade empresarial”, conceituada como o conjunto de bens organizados através de uma estrutura societária-administrativa para o fim de exploração da propriedade social.

No mesmo sentido, e, ainda muito simplificadamente, considerando que a propriedade empresarial é voltada não apenas para o interesse de seu titular, como também de toda a sociedade, temos aí a origem do Princípio da Função Social da Empresa, que é exercido ao gerar empregos, pagar tributos, disponibilizar uma variedade de produtos no mercado para o consumidor, atender ao bem-estar e garantir os direitos e garantias fundamentais de seus empregados, dentre vários outros. Tendo a empresa tamanha importância dentro da sociedade, deve ela, sempre que a situação for reversível, ser preservada. Daí também o princípio da preservação da empresa.

Nesse sentido, afirmam Cássio Rozales Vitola e Evandro Weisheimer:

O atingimento dos interesses sociais pela atividade empresarial começa pela oferta de trabalho – direta ou indiretamente –, uma vez que emprega considerável parcela da população ativa. Há ainda que referir que é das empresas que provém a grande

² DE SOUSA, Marcos Andrey. Palestra: “A recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa”, Santa Catarina, 10 dez. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dEPtwhlVwxQ>. Acesso em: 11 out. 2021.

maioria dos bens e serviços colocados à disposição e utilizados efetivamente pela população, além de contribuírem para a receita do Estado de forma destacada, com o pagamento de tributos.³

O princípio em referência apareceu expresso na legislação pela primeira vez no ano de 1976, através da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), em seu artigo 154, *caput*, e indiretamente, por meio do artigo 117, *caput*, do mesmo ordenamento jurídico, ao discorrer sobre a responsabilidade do acionista controlador.

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

A redação dos dispositivos em comento atribui à função social da propriedade (e consequentemente da propriedade empresarial), um poder-dever com duas esferas de aplicação: a esfera condicionadora, determinando que a Sociedade Anônima seja administrada de tal modo que venha atender os interesses da coletividade, e não tão somente aos dos sócios (art. 154); e que as decisões do acionista controlador sejam tomadas de acordo com a função social inerente à propriedade empresarial, sob pena de responder pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

Posteriormente, o princípio da função social da empresa foi expressamente previsto no artigo 47 da lei 11.101/2005:

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

A fim de que seja possível entender de forma clara, tal princípio deve ser analisado a partir dos conceitos jurídicos isolados de: função; social; e empresa, conforme ensina o Dr. Pedro Ramunno⁴.

O artigo 966 do Código Civil, preceitua que “empresa” é toda atividade econômica organizada, exercida de maneira profissional para a produção e circulação de bens e serviços para o mercado.

Por sua vez, a “função” diz respeito ao poder funcional (ou poder-dever) do titular da empresa que, conforme sua posição jurídica (empresário), deverá atender os interesses de outras

³ VITOLA, Cássio Rozales; WEISHEIMER, Evandro; *A Aplicação do Princípio da Função Social da Empresa à Luz do Instituto da Recuperação Judicial*. Revista Destaques Acadêmicos, vol. 6, n. 2, 2014, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/396>. Acesso em 27 ago.2022.

⁴ RAMUNNO, Pedro. *Função social da empresa (e a crise)*, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=at2Otp1WiNU>. Acesso em 11 out. 2021.

esferas jurídicas que não a dele.

Por fim, o conceito “social” integrante do princípio em questão, é interligado com o último comentado, ou seja, deve o titular da empresa, por sua função, atender os interesses da sociedade, da comunidade, e, em sentido mais amplo, contribuir com o interesse e desenvolvimento nacional e com o interesse público.

Portanto, quando o assunto é o princípio da função social da empresa, podemos dizer que o empresário (titular da empresa), deve empreender esforços para que *a própria atividade* por ele exercida atenda interesses que não os próprios, ou seja, os interesses da coletividade, da comunidade, e até mesmo com o desenvolvimento nacional, sendo possível concluir que o titular da empresa é apenas um instrumento para o exercício da função social.

Ainda assim, como observado também por Ramunno, é de extrema importância enfatizar que o fato de a empresa ter o dever de cumprir com sua função social, não deve ser impeditivo da busca pelo lucro que é inerente à atividade empresarial. O que deve ser discutido é: como o ordenamento jurídico permite que um empresário em crise econômico-financeira, e já em processo de insolvência (Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial ou Falência), pode continuar exercendo a função social.

3. DO PROCEDIMENTO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL

A lei 11.101/2005 prevê três procedimentos: a falência e a recuperação, que se subdivide em judicial e extrajudicial.

Existem vários critérios a serem considerados quando se trata de decidir qual procedimento será adotado. O primeiro deles, e talvez o principal, é sobre a viabilidade da empresa. Tratando-se de uma empresa inviável, cuja continuidade de suas atividades se mostre impossível, exatamente por não haver solução econômica e por não trazer quaisquer benefícios sociais, o procedimento a ser escolhido deve ser a falência, a fim de que tal empresa seja retirado do mercado o mais rápido possível.

Por outro lado, se apesar de estar em uma crise econômica, a continuidade das atividades empresariais mostra-se viável, isto é, passível de recuperação econômica, e de manutenção dos benefícios sociais (geração de empregos, pagamento de tributos, produção de produtos de qualidade, prestação de bons serviços etc.), o caminho a ser adotado é o da recuperação judicial ou extrajudicial.

Conforme ensina Daniel Carnio Costa:

A falência é a ferramenta adequada para ser utilizada na hipótese de se ter uma empresa em crise estrutural, que a torne inviável, mostrando-se antieconômica

qualquer tentativa de manter-se aquela atividade empresarial inviável. A recuperação judicial é a ferramenta adequada para situações em que se tem uma empresa em crise circunstancial, mas viável, mostrando-se adequada a preservação daquela atividade, eis que potencialmente geradora dos benefícios econômicos e sociais que se pretende preservar.⁵

Tais procedimentos serão analisados individualmente a seguir.

3.1. Da recuperação judicial

Processualmente, o procedimento adotado pela lei 11.101/2005 para decretação da recuperação judicial se inicia com a petição inicial da recuperanda, que deve indicar os documentos elencados nos artigos 51 e 51-A, este último incluído pela lei 14.112/2020.

Analisados os documentos juntados pela recuperanda, através de perícia prévia ou não, o juiz decidirá pelo deferimento ou indeferimento do pedido de processamento da recuperação judicial, publicando edital com a lista nominal de credores, conforme prescreve o artigo 52 da lei. Essa decisão, dentre outras determinações, nomeia o administrador judicial, que será, nos termos do artigo 21 da lei “profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”, e determina a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor (inciso III do artigo 52).

A suspensão de que trata o inciso III, é aquela denominada “*stay period*” (ou período de suspensão), em que todas as ações e execuções em face do empresário são suspensas pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), contados da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, com a finalidade de que o empresário possa se compor com os credores em relação a melhor maneira de recuperar a atividade exercida e saldar seus débitos. A lei

A possibilidade de prorrogação do prazo de suspensão já era permitida pela jurisprudência, conforme se extrai do seguinte julgado, datado do ano de 2011:

O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou.⁶

⁵ COSTA, DANIEL CARNIO. *Recuperação Judicial – Procedimento*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Comercial, Edição 1, São Paulo, 01 de jul. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em 27 ago. 2021. 11.101/2005 determinava não ser possível a prorrogação do referido prazo. No entanto, com a vigência da nova lei (14.112/2020), restou consolidado que o prazo é prorrogável por igual período, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal (§ 4º do artigo 6º).

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental nº 111614*, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14157083&num_registro=201000723576&data=20110304&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 set. 2021.

Outra importante consequência da decisão que defere o processamento da recuperação judicial é a apresentação, em juízo, do Plano de Recuperação Judicial, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, conforme prevê o artigo 53 da lei 11.101/2005.

Também será aberto o prazo de 30 (trinta) dias para que sejam apresentadas objeções ao Plano de Recuperação Judicial. Por outro lado, não havendo objeções, presume-se a anuência dos credores com o teor do plano apresentado pela devedora, dispensando-se a realização da Assembleia Geral de Credores para a votação do plano. Nessa remota hipótese (em que não há quaisquer objeções ao plano), o Plano de Recuperação é considerado fictamente aprovado, seguindo para sua respectiva homologação judicial de que trata o artigo 58, ocasião em que será concedida a recuperação judicial.

Conforme dito, a ausência de objeções ao Plano de Recuperação Judicial não é comum, de modo que, havendo objeções, haverá a convocação de Assembleia Geral de Credores, nos termos do artigo 56 da lei 11.101/2005, para que haja deliberação sobre o documento apresentado. Havendo a aprovação do plano em sede de Assembleia Geral de Credores, o juiz concederá recuperação judicial à empresa, a qual ficará sob fiscalização judicial durante o prazo máximo de dois anos, independentemente do eventual período de carência, conforme prevê o artigo 61 da lei 11.101/2005, com redação dada pela lei 14.112/2020. Nesse período, o juiz verificará se a recuperanda vem cumprindo as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial com vencimento dentro desse biênio. Havendo o descumprimento de qualquer das obrigações assumidas no plano e com vencimento dentro do prazo de dois anos de fiscalização, o juiz convocará a recuperação judicial em falência, nos termos do art. 62 da Lei 11.101/2005.

Na hipótese de o plano de recuperação judicial ter sido aprovado, havendo o cumprimento das obrigações estabelecidas no artigo 61, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial, determinando as medidas previstas no artigo 63 da lei 11.101/2005.

Por outro lado, caso houvesse a rejeição do plano, a lei 11.101/2005 previa a convocação da recuperação judicial em falência, conforme disposto nos artigos 56, § 4º e 73, inciso III. No entanto, a redação dada pela lei 14.112/2020 ao § 4º do artigo 56, inovou ao determinar que o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia-geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos próprios credores, o que vem sendo chamado de “plano alternativo”, em que devem ser cumpridas as seguintes exigências:

Aprovação por credores que representem mais da metade dos créditos presentes à assembleia-geral de credores;
Não preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do artigo 58 da lei;
Preenchimento dos requisitos previstos nos incisos I, II e III, do caput do artigo 53 da lei;

Apoio por escrito de credores que representem, alternativamente:

a) mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos totais sujeitos à recuperação judicial; ou mais de 35% (trinta e cinco por cento) dos créditos dos credores presentes à assembleia-geral a que se refere o § 4º deste artigo; Não imputação de obrigações novas, não previstas em lei ou em contratos anteriormente celebrados, aos sócios do devedor;

Previsão de isenção das garantias pessoais prestadas por pessoas naturais em relação aos créditos a serem novados e que sejam de titularidade dos credores mencionados no inciso III deste parágrafo ou daqueles que votarem favoravelmente ao plano de recuperação judicial apresentado pelos credores, não permitidas ressalvas de voto.

Não imposição ao devedor ou aos seus sócios de sacrifício maior do que aquele que decorreria da liquidação na falência.

Considerando que tal plano será redigido pelos próprios credores, não há necessidade de anuência da recuperanda, nem mesmo vinculação deste plano alternativo com o apresentado anteriormente.

Assim, após a apresentação do plano alternativo de recuperação judicial, apresentado pelos credores, o processo seguirá o seu curso regularmente, com a homologação do plano alternativo, e seu ulterior cumprimento, mantendo ativas as atividades empresariais nos termos acordados pelos credores.

3.2. Da recuperação extrajudicial

A fim de que haja celeridade e eficiência, a lei 11.101/2005 permite que o procedimento de Recuperação possa ser realizado de forma extrajudicial, a partir da negociação do plano junto aos credores.

Para que isso seja possível, assim como no procedimento de Recuperação Judicial, a empresa recuperanda deve preencher os requisitos do artigo 48 da lei, conforme disposto no artigo 161 da lei 11.101/2005.

O procedimento de recuperação extrajudicial pode ser meramente homologatório (ou facultativo) ou impositivo.

O procedimento meramente homologatório ou facultativo é previsto no artigo 162 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, caracterizando-se pela aderência de todos os credores ao plano. O Professor Marcelo Barbosa Sacramone comenta que “como a

composição entre credor e devedor já é suficiente para novar as obrigações, a homologação judicial seria desnecessária para a produção dos efeitos entre os signatários”⁷. Por isso dizemos tratar-se de um procedimento facultativo, pois, já estando novada a dívida, a partir do consentimento de todos os credores, o devedor poderá requerer a homologação do plano.

Já o procedimento impositivo é previsto no artigo 163 da lei 11.101/2005, hipótese em que nem todos os credores sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial são aderentes. Assim, se mais de a metade de todos os créditos de determinada categoria de credores sujeitos ao plano tiverem anuído com todos os seus termos, a homologação do plano implicará em sua imposição, inclusive a todos os credores dissidentes dessa categoria, de modo que a homologação do plano de recuperação extrajudicial é obrigatória para fins de produção de efeitos em face dos credores não aderentes, pois não se vincularam voluntariamente aos termos das negociações realizadas extrajudicialmente⁸.

Assim que o pedido de recuperação extrajudicial for recebido, o juiz deverá convocar os credores, o que, de acordo com as alterações trazidas pela lei 14.112/2020, deverá ser feita por meio de edital eletrônico, a fim de que apresentem impugnações ao plano apresentado (artigo 164). Porém, é importante ressaltar que as impugnações apenas poderão alegar o não preenchimento de alguns requisitos: o percentual mínimo previsto no *caput* do artigo 163; a prática de atos previstos no artigo 94, inciso III, ou do artigo 130, ambos da lei 11.101/2005, ou o descumprimento de quaisquer requisitos previstos no ordenamento jurídico em comento.

Havendo a homologação do plano de recuperação extrajudicial, referida negociação passará a produzir efeitos (artigo 165), sendo lícito, contudo, que o plano estabeleça a produção de efeitos com data retroativa à homologação com a finalidade exclusiva de modificação de valor ou de forma de pagamento de credores signatários.

Ressalta-se que, diferentemente do Decreto-Lei 7.661/1945, que previa a realização de acordos privados entre devedor e credor como ato falimentar, a lei 11.101/2005 fez questão de resguardar, através da redação do artigo 167, que o disposto a respeito da recuperação extrajudicial não implica na impossibilidade de realização de outras negociações privadas entre devedor e seus credores, sendo perfeitamente lícito.

3.3. Do procedimento de falência

⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 606.

⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 607.

A lei 11.101/2005 prevê o pedido de falência, em seu artigo 105, como um dever do devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender os requisitos para pleitear sua recuperação judicial, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial. Quando o procedimento falimentar se inicia a partir do pedido do próprio devedor, é denominado de “autofalência”, e trata-se de procedimento de jurisdição voluntária.

No entanto, na prática, os pedidos de autofalência são muito raros, iniciando-se normalmente da convocação da recuperação judicial em falência, conforme as hipóteses previstas no artigo 73 da lei 11.101, ou através do pedido de um dos credores do devedor nas hipóteses do artigo 94 do mesmo ordenamento jurídico, quais sejam:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na datado pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Existem três sistemas de insolvência adotados pela lei, quais sejam: o da impontualidade injustificada (artigo 94, inciso I, e §§ 1º e 3º), em que poderá ser decretada a falência quando sem relevante razão de direito, o devedor não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o valor equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; o da execução

frustrada (artigo 94, inciso II e § 4º), em que poderá ser decretada a falência do devedor executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; e o de atos de falência (artigo 94, inciso III), em que poderá ser decretada a falência do devedor pratica os atos elencados no dispositivo, em suas alíneas de “a” até “g”, pois se não fizerem parte de plano de recuperação judicial, os comportamentos indicam a insolvência do devedor.

Esses pedidos podem ser feitos pelos sujeitos legitimados no artigo 97 da lei em referência:

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor. Feitas essas considerações iniciais, e antes de adentrar propriamente no procedimento falimentar, é importante ressaltar que a lei menciona expressamente, devem ser empenhados esforços para que no procedimento falimentar sejam alcançados os objetivos previstos no artigo 75 da lei 11.101/2005, *in verbis*:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;

II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

Perceba que um dos objetivos da lei é o fomento do empreendedorismo, inclusive através da realocação do empreendedor (ou empresário) falido na atividade econômica, e não pura e simplesmente a liquidação célere de empresas inviáveis. Tal disposição é consoante a o um dos aspectos da função social da empresa: o pagamento de tributos e a geração de postos de trabalho.

Independentemente de como o pedido de falência chega até o Poder Judiciário, se por autofalência ou por um dos sistemas de insolvência previstos no artigo 94, o procedimento a partir desse momento é o mesmo.

O devedor será citado para que, no prazo de 10 dias, apresente defesa, conforme prevê o artigo 98, *caput*, da lei. Nesta defesa, caso seja comprovada a falsidade do título, prescrição do título, a nulidade da obrigação ou do título, o pagamento da dívida, vício em protesto ou em seu instrumento, apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, ou qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título, o devedor não terá sua falência decretada (artigo 96, da lei 11.101/2005). Na mesma peça, poderá ainda o devedor, na hipótese em que o pedido de falência for realizado com base no sistema da

impontualidade injustificada (artigo 94, inciso I) ou da execução frustrada (artigo 94, inciso II), realizar o que é denominado “depósito elisivo”, ou seja, depositar nos autos o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor (parágrafo único do artigo 98 da lei 11.101/2005).

Caso o juiz decida pela decretação da falência, o que é feito por meio de sentença, deverá determinar também o previsto no artigo 99 da lei 11.101/2005, que dentre as principais determinações estão:

- a) A fixação do termo legal da falência, não podendo retroagir mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;
- b) A ordem para que o falido apresente, no prazo máximo de 05 (cinco) dias, a relação nominal de credores indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;
- c) A ordem para que se suspendam todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei;
- d) Proibição da prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do **caput** deste artigo;
- e) Determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;
- f) Ordenará ao Registro Público de Empresas e à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil que procedam à anotação da falência no registro do devedor, para que dele constem a expressão “falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei.
- g) Nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei;
- h) Determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; Pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

Dentre os efeitos da decretação da falência estão a suspensão do exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial e do exercício do direito de retirada ou de recebimento do valor de suas quotas ou ações, por parte dos sócios da sociedade falida.

Após, o administrador judicial procederá a arrecadação dos bens, nos termos do artigo 108 da lei, lacrando o estabelecimento comercial quando houver risco para a execução da etapa de arrecadação ou para a preservação dos bens da massa falida ou dos interesses dos credores.

O falido (sócio da empresa cuja falência foi decretada) ficará inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei (artigo 102 da lei 11.101/2005), podendo requerer a respectiva anotação em seu registro quando o período de habilitação se encerrar (parágrafo único do art. 102).

A falência somente se encerrará após a realização de todo o ativo, e da distribuição entre os credores, ocasião em que o administrador apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. No entanto, o encerramento da falência não se confunde com o fim das obrigações do falido, que apenas se extinguirá nas hipóteses do artigo 158 da lei, *in verbis*:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II - o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

V - o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

4. DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.112/2020

A lei 14.112/2020 trouxe significativas alterações na legislação recuperacional e falimentar, apresentando novos instrumentos jurídicos, e aprimorando demais outras anteriormente existentes, a fim de adequá-las ao momento atual.

Dentre as principais ferramentas fundamentais à continuidade da atividade empresarial durante o processo recuperacional, estão sendo consideradas no presente artigo: a Constatação Preliminar; o *DIP financing*; possibilidade dos procedimentos de mediação e conciliação, e existência de convenção de arbitragem; a impossibilidade de distribuição de lucros e dividendos no curso do processo recuperacional; e a existência do denominado Credor Parceiro ou Credor Apoiador; ferramentas estas que passamos a discutir

individualmente.

4.1. Da constatação preliminar (antiga “perícia prévia”)

A lei 14.112/2020, através de seu artigo 51-A, consolidou o procedimento de constatação preliminar (antes denominado de “perícia prévia” pela doutrina e jurisprudência), consistente na nomeação de perito, pelo juiz, a fim de que sejam verificados todos e quaisquer documentos apresentados pela empresa recuperanda (haja vista serem muitos) e se esses coincidem com os necessários documentos mencionados no artigo 51.

Conforme se observa dos processos cujo assunto é a recuperação judicial de uma empresa, a constatação preliminar, antes denominada de perícia prévia, já vinha sendo em muito utilizada, uma vez que consolidada pela doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, confere-se decisão proferida no processo 1048869-46.2015.8.26.0100, pelo juiz da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo (fls. 736/738), determinando a realização da perícia prévia (atual constatação preliminar):

Conforme dispõe o art. 51 da Lei nº 11.101/05, a petição inicial do pedido de recuperação judicial deve ser instruída com demonstrações contábeis do balanço patrimonial, de demonstração de resultados acumulados e desde o último exercício social, bem como de relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção. Exige-se, ainda, um relatório completo da situação da empresa do ponto de vista econômico e comercial.

[...]

Busca a legislação de regência evitar, portanto, o deferimento do processamento de empresa inviáveis, inexistentes, desativadas ou que não reúnam condições de alcançar os benefícios sociais almejados pela lei. [...]

Nesse sentido, não obstante a Lei nº 11.101/05 não tenha previsto expressamente uma perícia prévia de análise da documentação apresentada pela empresa requerente da recuperação judicial, o fato é que tal perícia deve ser inferida como consequência lógica do requisito legal estabelecido como condição para o deferimento do seu processamento, qual seja, a regularidade da documentação apresentada pela devedora.

Ademais, tal interpretação atende aos fins econômicos, sociais e jurídicos do instituto da recuperação judicial. [...]

Não se busca, evidentemente, uma análise exauriente e aprofundada da empresa, mas tão somente uma verificação sumária da correspondência mínima existente entre os dados apresentados pela devedora e a sua realidade fática. Deferido o processamento, caberá aos credores decidir sobre a conveniência do plano de recuperação a ser apresentado pela devedora. Nesse primeiro momento, repita-se, busca-se apenas e tão somente conferir a regularidade material da documentação apresentada pela devedora.

Não dispondo a Vara de equipe técnica multidisciplinar para análise da adequação da documentação juntada pela empresa devedora, se faz necessária a nomeação de perito para realização de avaliação prévia e urgente, a fim de fornecer elementos suficientes para que o juízo decida sobre o deferimento do processamento do pedido,

com todas as importantes consequências decorrentes de tal decisão.⁹

A fim de dar celeridade ao procedimento, não é necessária a manifestação da parte contrária para que seja determinada a constatação preliminar. No mesmo sentido, visando evitar a demora injustificada, a lei determinou ainda que a resposta do perito deve ser dada no prazo de 5 (cinco) dias.

O perito, por sua vez, não analisará a veracidade da documentação (o que deve ser feito no curso do processo), apenas se todos os documentos necessários estão presentes, não havendo qualquer funcionalidade.

Assim, o Professor Dr. Marcelo Barbosa Sacramone conclui:

Ainda que célere e mesmo que eventualmente sem custo, ou com custo absolutamente diminuto, haja vista que cabe ao perito apenas a constatação da existência, a perícia prévia deve ser evitada ou, ao menos, ser considerada absolutamente excepcional, pois, além de absolutamente sem nenhuma funcionalidade, gerará efeitos contrários ao pretendido pela lei.¹⁰

4.2. Financiamento – *DIP (debtor-in-possession) financing*

Posteriormente à alteração legislativa, o artigo 67 da lei 11.101/2005 (que permanece sem alterações), previa que:

[...] os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Ou seja, não havia qualquer impedimento para que o devedor em recuperação judicial pudesse requerer um financiamento perante uma Instituição Financeira. Porém, havia grande insegurança jurídica para os investidores ou Instituições Financeiras que poderiam conceder esse financiamento devido à lacuna legislativa a respeito do tema, mas sem qualquer perspectiva de receber o crédito posteriormente, por tratar-se de credor em recuperação judicial, e porque não havia quaisquer mecanismos que dessem segurança jurídica ao financiamento em questão.

Assim, a fim de preencher tal lacuna, trazendo maior segurança jurídica a quem conceder o *DIP Financing*, e sanar as dúvidas sobre o tema, a lei 14.112/2020 criou a “Seção IV-A: Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo 1048869-46.2015.8.26.0100*, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo, Juiz Leonardo Fernandes dos Santos, São Paulo, 01 jul. 2015. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000GUF0000&processo.foro=100&processo.numero=1048869-46.2015.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_c59f97e11bca415f93ea144dbf92c3bd. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 306.

(artigos 69-A a 69-F), dispondo de todas as regras para a concessão do crédito ao devedor em recuperação judicial.

Sobre a alteração, é imprescindível esclarecer que o *DIP FINANCING* se trata dos financiamentos realizados pelo devedor após a distribuição do pedido de recuperação judicial.

Assim sendo, considerando o enorme passivo da recuperanda (característico das recuperações judiciais), e a necessidade de continuidade da atividade comercial, se houver um planejamento financeiro realmente efetivo durante a recuperação judicial, um financiamento para o devedor é algo que pode ser de grande valia e de importância fundamental, para a manutenção do funcionamento das atividades empresariais, e consequente função social dela decorrente.

4.3. Mediação e conciliação

A mediação é uma forma de resolução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas mesmas construam, com autonomia, a melhor solução para o conflito. Por um lado, a mediação trata-se de procedimento estruturado, utilizado em conflitos mais complexos, sem prazo definido.

Por outro lado, a conciliação é também um método de autocomposição entre as partes, utilizado em conflitos mais simples, em que o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial.¹¹

Ainda que exista diferenciação entre os procedimentos, a lei 11.101/2005, alterada pela lei 14.112/2020, trata de ambos como sinônimos.

O Novo Código de Processo Civil, posterior a lei 11.101/2005, previu em seu artigo 139 o estímulo da autocomposição entre as partes, em qualquer momento processual.

Seguindo determinado preceito, e, portanto, modernizando o ordenamento jurídico, a lei 14.112/2020 inovou ao inserir na lei 11.101/2005 uma seção (Seção II-A) em seu capítulo II, a possibilidade de autocomposição entre devedor e credores no processo de recuperação judicial, de forma antecedente ou incidental.

Considerando que a autocomposição é atitude que deve partir das partes (devedor e credor), é importante ressaltar que o estímulo ao procedimento conciliatório não deve, em

¹¹ CNJ. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em 20 set. 2021.

hipótese alguma ser imposto pelo juiz, sob pena de se obrigar a acordo que a parte voluntariamente não quis celebrar.¹²

O terceiro facilitador, ou seja, mediador ou conciliador, não poderá ser o administrador judicial, tendo em vista que se trata de função não prevista no rol do artigo 22 da lei, cujo assunto são suas respectivas atribuições. Além disso, o procedimento de autocomposição tem caráter sigiloso, de modo que a atuação do administrador como mediador ou conciliador, além de extrapolar as funções atribuídas no mencionado dispositivo, prejudicaria sua imparcialidade no correr do processo de Recuperação Judicial.¹³

A redação dada pela lei 14.112/2020 não prevê a suspensão de prazos processuais quando da informação de autocomposição, de modo que o processo deverá tramitar regularmente. Porém, é de se considerar que a lei faculta que o juiz determine a suspensão dos prazos quando houver anuência das partes. Ainda assim, isso não deve ser interpretado ou utilizado como uma forma de compelir a parte a realizar um acordo, ou de tornar mais curto o procedimento de autocomposição.¹⁴

4.4. Distribuição de lucros e dividendos

A divisão de lucros e dividendos é a remuneração auferida pelo sócio em contrapartida ao capital investido para o desenvolvimento e criação do negócio. Em um vocabulário mais técnico, podemos dizer que a distribuição de lucros e dividendos é “a remuneração do capital integralizado pelo investidor na sociedade, seja ele sócio ou acionista”.¹⁵

¹² SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 149.

¹³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 150.

¹⁴ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 151.

¹⁵ Corsi Associados, Assessoria e Contabilidade. *Distribuição de Lucros e Dividendos*, São Paulo, Outubro de 2020. Disponível em: <http://corsi.com.br/distribuicao-de-lucros-e-dividendos/>. Acesso em 27 set. 2021.

A lei 11.101/2005 nada previa de maneira expressa sobre o tema. O que existia, e ainda existe, conquanto mantido pela lei 14.112/2020, é a vedação ao pagamento de credores submetidos à recuperação judicial em detrimento dos demais, o que já, em tese, incluiria a distribuição de lucros e dividendos, sob pena de praticar crime previsto no artigo 172 da lei 11.101/2005.¹⁶

No entanto, com a promulgação da lei 14.112/2020, restou vedada, de forma expressa pelo artigo 6º-A, a distribuição de lucros e dividendos a sócios e acionistas, sob pena de praticar crime falimentar na modalidade fraude a credores (prevista no art. 168 da mesma lei), até que o Plano de Recuperação Judicial seja aprovado em Assembleia Geral de Credores.

A modificação em comento é um grande benefício aos credores da empresa recuperanda, uma vez que a vedação legal trará uma espécie de “economia”, ao não realizar tal distribuição. Em outras palavras, se o processo de Recuperação Judicial permitir à efetiva manutenção das atividades empresariais, e a empresa estiver gerando quantidade significativa de lucros, tais valores poderão ser reservados não somente ao pagamento de credores, que incluem os trabalhistas e tributários, como também dos trabalhadores que estão contribuindo para o funcionamento de tal atividade empresarial, a fim de que esta não seja cessada. Tudo em consonância ao princípio da preservação da empresa e de sua função social.

Desse modo, considerando que a vedação permite a continuidade das atividades empresariais, ao reservar recursos financeiros para trabalhadores, tributos e credores do processo de Recuperação Judicial, não restam dúvidas de que a modificação contribui para o efetivo exercício da função social da empresa.

4.5. Credor parceiro ou credor apoiador

A lei 11.101/2005, sempre classificou os créditos da empresa recuperanda em: concursais e extraconcursais. Os primeiros devem ser considerados como aqueles existentes até a data da distribuição do pedido de Recuperação Judicial, enquanto os créditos extraconcursais são aqueles contraídos após esta data (de distribuição do pedido).

É de se imaginar que, certamente, o empresário cuja empresa encontra-se submetida ao processo de Recuperação Judicial é estigmatizado como mau gestor do negócio e que

¹⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 112.

difícilmente irá cumprir com as obrigações do contrato de fornecimento. Consequentemente, pode-se afirmar também que a empresa da qual é titular o empresário sofrerá diversas restrições em relação à busca de fornecedores de produtos para continuidade da empresa.

Desta forma, há algum tempo, a doutrina e a jurisprudência, à luz do artigo 67 da lei 11.101/2005, criou a figura do “credor parceiro” ou “credor apoiador”, que é considerado como o fornecedor que permanece dispondo de seus produtos ou serviços essenciais à manutenção das atividades empresariais à empresa submetida ao processo de recuperação judicial. Com base nesse entendimento, é permitindo que, se previsto no plano de recuperação judicial, o credor apoiador tenha tratamento privilegiado em relação aos demais credores da mesma classe¹⁷, sendo comum constar tal subcategoria em apartado nos Planos de Recuperação Judicial.

Assim, em contraprestação à continuidade do fornecimento de produtos e/ou serviços, os credores parceiros ou credores apoiadores, são classificados como credores extraconcursais, recebendo o valor de seu crédito de forma privilegiada, ou seja, antes do pagamento dos credores concursais, nos termos do artigo 84 da lei 11.101/2005, inciso I-E (incluído pela lei 14.112/2020):

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos:
I-E - às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

Nesse sentido, ensina Marcelo Barbosa Sacramone:

O benefício garantido aos credores que contratarem com a recuperanda visa justamente estimular que o empresário devedor consiga desenvolver regularmente sua atividade e não seja impactado pela divulgação de sua crise econômico-financeira no mercado. A partir da distribuição do pedido, a imagem do empresário devedor já é afetada, pois se torna público que o empresário devedor se encontra em crise econômica e que haveria maior risco de inadimplemento de suas obrigações. Natural que, já a partir da distribuição do pedido, maiores sejam suas dificuldades para celebrar novos contratos e manter a regularidade da prestação de sua atividade.¹⁸

Diante dessa análise, é possível observar que, mais uma vez, visando a consolidação do entendimento doutrinário e jurisprudencial, a lei 14.112/2020, determinou de forma expressa o parágrafo único do artigo 67 da lei 11.101/2005, que:

17 OLIVEIRA, Renata; MAGGIO, Renato; MARRARA, Bruna. *Alterações da Lei nº 14.112/2020 à Lei de Disponíveis em:* <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/reestruturacao-e-insolvencia-ij/alteracoes-da-lei-n-14-112-20-a-lei-de-falencia-e-recuperacao>. Acesso em: 09 out. 2021.

18 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021. p. 366.

O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o debatido, é possível concluir que a empresa é a única célula da sociedade que atende os anseios da sociedade, tanto de forma coletiva quanto individual. Isso porque, ainda se considerarmos a atuação do Estado para tal objetivo, é possível observar que, normalmente o faz por meio de organização empresarial com participação estatal. Por isso podemos afirmar que a empresa (além de única) é a célula mais importante dentro de uma sociedade, de modo que deve, sempre que possível, ter suas atividades preservadas, a fim de que continue cumprindo com sua função social.

Conforme visto, a extinção da concordata prevista pelo Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945, e o aprimoramento do procedimento falimentar, ambos através da Lei 11.101/2005, demonstrou que o Brasil, desde então, tem caminhado no sentido de permitir que uma empresa em crise econômico-financeira possa se recuperar judicialmente, ou mesmo encerrar suas atividades com a liquidação da empresa, tentativa de pagamento dos credores, e, depois de alguns anos, com a recolocação do empresário no mercado.

Assim, nota-se que o objetivo garantir a preservação da empresa e de sua função social, permaneceu com a promulgação da Lei nº 14.112/2020, que traz importantes e significativas alterações ao consolidar e incluir instrumentos jurídicos, antes previstos apenas pela doutrina e jurisprudência, no ordenamento jurídico recuperacional e falimentar brasileiro (Lei 11.101/2005).

Durante o procedimento recuperacional, é possível observar que os referidos instrumentos jurídicos tornam possível a continuidade das atividades de produção, mantendo postos de trabalho, e a manutenção da função social da empresa.

Neste contexto, considerando a estigmatização da empresa (e também do empresário) em recuperação judicial pelo mercado, que torna difícil a manutenção de contratos com fornecedores e a aquisição de créditos, a lei incluiu a possibilidade da concessão financiamentos (*DIP Financing*), que poderá garantir o pagamento de trabalhadores e fornecedores, ou ainda para fins de capital de giro, além de benefícios aos credores que continuarem fornecendo produtos e/ou serviços essenciais ao funcionamento da empresa.

Além disso, a inserção da possibilidade de apresentação de plano alternativo pelos

credores, permite que a empresa em recuperação judicial tenha mais uma chance de se recuperar, evitando assim a imediata convolação da recuperação judicial em falência.

No mesmo sentido, a lei foi extremamente inteligente ao estimular, a qualquer momento processual, a conciliação e a mediação, inserindo em seu texto legal uma seção dedicada exclusivamente para o assunto, o que poderá agilizar o procedimento recuperacional, auxiliando ainda na diminuição do tempo para recuperação judicial das empresas e retorno regular às atividades, e conseqüente manutenção da função social da empresa.

O estímulo à recuperação extrajudicial também foi de extrema importância, já que o procedimento é muito mais célere na medida em que dispensa, até o momento da homologação, a atuação do Poder Judiciário, permitindo, igualmente, a preservação da empresa, e a continuidade de sua função social.

Quanto ao procedimento falimentar, nota-se que apesar de não haver grandes alterações, a lei manteve a finalidade do procedimento: retirar a empresa impossibilitada de pleitear a recuperação judicial do mercado consumidor, mas, ao mesmo tempo, fomentar o empreendedorismo a partir da recolocação do empreendedor na atividade econômica, sem que haja tão somente uma liquidação célere para saldar os débitos. Isso também é função social, pois a recolocação de tal empresário no mercado possibilitará futuramente que este contribua com o Estado a partir da geração de empregos e pagamento de tributos.

Considerando que o presente estudo não tem por objetivo esgotar os debates sobre o tema, é possível afirmar que as alterações trazidas pela Lei 14.112 de 24 de dezembro de 2020, consolidam diversos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, e incluem outros instrumentos jurídicos visando o equilíbrio entre a manutenção das atividades empresariais (através do *DIP Financing*, por exemplo), e o pagamento dos credores e fornecedores, na medida em que existe a possibilidade de terem créditos extraconcursais quando da continuidade do fornecimento de bens e serviços para continuidade das atividades empresariais, podendo para tal utilizarem dos mecanismos de autocomposição em qualquer momento processual.

Do mesmo modo, é notório, e de extrema importância poder afirmar, e concluir que, de acordo com o histórico legal, o Brasil permanece em constante evolução no tocante a legislação falimentar e recuperacional, havendo que se destacar que a legislação foi promulgada em meio à uma grave crise sanitária mundial, permitindo que as diversas empresas afetadas tenham melhores instrumentos de recuperação, a fim de que mantenham a função social da empresa, a única célula que atende os anseios e interesses de toda uma sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 20 ago. 2021.
- BRASIL. *Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 20ago. 2021.
- BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 ago.2021.
- BRASIL. *Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, aextrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 20ago. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1048869-46.2015.8.26.0100, da 1ª Varade Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo, Juiz Leonardo Fernandes dos Santos, São Paulo, 01 jul. 2015. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000GUFP0000&processo.foro=100&processo.numero=1048869-46.2015.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_c59f97e11bca415f93ea144dbf92c3bd. Acesso em 13 set. 2021.
- CHALHUB, Melhim Namem; ASSUMPÇÃO, Marcio Calil. *DIP FINANCING – Inovaçõesno financiamento às empresas em recuperação judicial (Lei 14.112/20)*. São Paulo, 27 jan.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/339476/inovacoes-no-financiamento-as-empresas-em-recuperacao-judicial>. Acesso em: 20 set. 2021.
- COSTA, Daniel Carnio. *Recuperação Judicial – procedimento*. Enciclopédia Jurídica daPUCSP, Tomo Direito Comercial, Edição 1, São Paulo, 1 jul. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em 27 ago. 2021.
- DENKI, Felipe; SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. *A mediação na recuperação judicial*, São Paulo, 24 mai. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345958/a-mediacao-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 20 set. 2021.
- GOMES, Renato da Silva. *Recuperação judicial de empresas: breve esboço sobre a real efetividade de um instrumento legal que objetiva evitar a falência de empresas*. Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2018. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/8122?mode=simple>. Acesso em: 03 ago. 2021.
- LOPES, Vitor; AMARAL, Fernanda Lima; PEREIRA, Isadora. *Alterações na lei de recuperação judicial e falência brasileira: Apresentação de plano alternativo pelos credores*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343475/alteracoes-na-lei-de-recuperacao-judicial-e-falencia-brasileira>. Acesso em: 15 out. 2021.

MELO, José Mario Delaiti de. *A Função Social da Propriedade*. Âmbito Jurídico, Revistanº 108, São Paulo, 01 jan. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 27/08/2021.

OLIVEIRA, Daniela Martin Lopes. *Mediação e conciliação na recuperação judicial*, São Paulo, 20 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/daniela-martin-mediacao-conciliacao-recuperacao-judicial#:~:text=Uma%20das%20principais%20inova%C3%A7%C3%B5es%20da,ao%20processo%20de%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial>. Acesso em: 20 set. 2021.

OLIVEIRA, Renata; MAGGIO, Renato; MARRARA, Bruna. *Alterações da Lei nº 14.112/2020 à Lei de Falência e Recuperação*. Machado Meyer, São Paulo 05 jan. 2021. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/reestruturacao-e-insolvencia-ij/alteracoes-da-lei-n-14-112-20-a-lei-de-falencia-e-recuperacao>. Acesso em: 27 set. 2021.

RAMUNNO, Pedro. *Função social da empresa (e a crise)*, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=at2Otp1WiNU>. Acesso em: 11 out. 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed. São Paulo. Saraiva jur, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Manual de Direito Empresarial*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva jur, 2021.

SANTA CRUZ, André. *Direito Empresarial*, 8ª ed. São Paulo, Método, 2018.

SANTOS, Roseli Rêgo. *Considerações sobre a Função Social da Empresa no Regime Brasileiro de Insolvência Empresarial*. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual, Bahia, 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/754/0>. Acesso em: 3 ago. 2021.

SANTOS, Roseli Rêgo. *O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa*. Repositório Institucional UFBA, Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito. Dissertações (PPGD), Bahia, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10753>. Acesso em: 3 ago. 2021.

SILVA, Cassio Aparecido da; ALVES, Naranda Souza. *A função social da empresa e o instituto da recuperação judicial*. UNIVAG Centro Universitário, Várzea Grande, 2016. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/132>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SOUSA, Marcos Andrey de. *Palestra: “A recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa”*. Santa Catarina, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dEPTwhlVwxQ>. Acesso em: 11 out. 2021.

TEIXEIRA, Antonio. *Procedimento para a Decretação da Falência*. Jurisway, São Paulo, 20

nov. 2018. Disponível em:

https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18718#:~:text=Resumo%3A,dias%2C%20e%20a%20decis%C3%A3o%20judicial. Acesso em: 28 ago. 2021.

VITOLA, Cássio Rozales; WEISHEIMER, Evandro; *A Aplicação do Princípio da Função Social da Empresa à Luz do Instituto da Recuperação Judicial*. Revista Destaques Acadêmicos, vol. 6, n. 2, 2014, Rio Grande do Sul. Disponível em:

<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/396>. Acesso em: 27 ago. 2021.

PERFIL GENÉTICO: garantia da coletividade ou afronta a direito individual constitucional

PERFIL GENÉTICO: una garantía colectiva de sociedad o infracción a la ley individual constitucional

JOSIANE MARIA BATISTA SOARES¹

RESUMO: O artigo tratará sobre o banco de dados de perfil genético do Sistema Criminal Brasileiro, usado com o intuito de auxiliar na investigação criminal e resolução do crime. Será enfatizado o surgimento do banco de dados no Brasil, fazendo um paralelo com outros países e as evoluções ocorridas aqui no Brasil devido às modificações da legislação. O armazenamento destes dados em grande quantidade e sua utilização com o objetivo de auxiliar nas investigações criminais tem feito surgir vários questionamentos sobre sua importância para a coletividade e o quanto isto pode afetar o direito individual do acusado. Abordar-se-á sobre a Constitucionalidade do Banco Genético perante a Constituição Federal, já que pode ele violar o direito de privacidade do indivíduo, devido à obrigatoriedade do fornecimento de material genético, sob pena de incidência em falta grave. A problematização está em descobrir qual direito deverá prevalecer: o individual ou o interesse público? Até que ponto um deve se sobrepor ao outro? Tratará a final da Lei 12.644/2012 e as alterações trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019, pelo pacote “anticrime” e ao final será conclusivo ao enfatizar a Constitucionalidade destas alterações frente às recentes interpretações autênticas dadas pelos Tribunais Superiores.

Palavras chaves: banco de perfis genéticos; Obrigatoriedade de coleta; Ofensa a direito individual; Prevalência do direito coletivo; Pendência de julgamento pela suprema corte.

RESÚMENES: El artículo abordará la base de datos de perfil genético del Sistema Penal brasileño, utilizada para ayudar en la investigación criminal, en la resolución del delito. Se enfatizará la aparición de la base de datos en Brasil, haciendo un paralelismo con otros países y los desarrollos que ocurrieron aquí en Brasil debido a cambios en la legislación. El almacenamiento de estos datos en grandes cantidades y su uso para ayudar en las investigaciones penales han planteado varias preguntas sobre su importancia para la comunidad y cuánto puede afectar el derecho individual del acusado. La constitucionalidad del Banco Genético se abordará en virtud de la Constitución Federal, ya que puede violar el derecho de la persona a la privacidad, debido al suministro obligatorio de material genético, bajo pena de incidencia en una mala conducta grave. El problema es descubrir qué derecho debe prevalecer: ¿el interés individual o público? ¿En qué medida debe uno superponerse al otro? Finalmente se abordará la Ley 12.644 / 2012 y los cambios introducidos por la Ley Nº 13.964, de 24 de diciembre de 2019, por el paquete "contra el crimen" y al final será concluyente al enfatizar la Constitucionalidad de estos cambios en vista de las recientes interpretaciones autênticas dadas por los Tribunales Superiores.

Palabras clave: banco de perfiles genéticos; Colección obligatoria; Delito a la ley individual; Prevalencia del derecho colectivo; Pendiente sentencia del Tribunal Supremo.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Artigo elaborado sob orientação Prof Gustavo dos Reis Gazzola, publicado após aprovação do Trabalho de Curso.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da existência humana a vida em sociedade implica uma relação na qual os seus membros buscam uma pacificação social que permita as relações pessoais e a formação de laços saudáveis de convivência.

Mas a paz social desejada como ideal para a convivência não é tão simples de se conseguir, não sendo por outro motivo que desde a criação humana houveram situações em que foi quebrada ou interrompida, como a que se deu na família de Adão e Eva onde Caim matou Abel por inveja do irmão.

Essa interrupção de paz se dá então pelo cometimento de atos por determinado integrante da sociedade e que não tolerados pelos demais membros. Com a evolução da sociedade e conseqüentemente do Direito esses atos não tolerados passaram a serem previstos na legislação penal, ou seja, foram positivados, passando a denominar-se o que chamamos hoje de delitos penais, que podem se traduzir em crimes ou contravenções penais.

Mas como meio de prevenção, repreensão e correção dos crimes, tornou-se necessário a atuação do Estado para garantir que as regras de condutas estabelecidas na sociedade moderna, por meio de aplicação de sanção àqueles que cometerem delitos.

Disto resulta que o crime deve ser prevenido e reprimido. Por isso mesmo, com a evolução da sociedade as ciências criminais também sofreram constante evolução até se chegar ao que conhecemos no dia de hoje, tal seja numa sociedade democrática na qual temos uma Constituição positivada e que resguarda, na medida do possível, os direitos mais básicos da condição humana, mas que prima pela eficiência no combate à criminalidade com vistas à garantia do bem estar da coletividade.

O Estado, na busca de prevenir, repreender e punir o indivíduo, deve sempre buscar a certeza da autoria do crime para que então lhe seja possível imputar qualquer sanção penal.

Aí é que surge um dos institutos mais complexos da atividade processual penal que é a prova e seus meios para se chegar à verdade real que se busca através do processo, pois pelo fato do processo penal imputar ao cidadão uma pena vai, via de regra, restringir-lhe o direito de liberdade que é tão caro ao ser humano, a sentença deve sempre se pautar na verdade real apurada durante o processamento.

Sem dúvida, portanto, que as provas devem demonstrar a certeza a autoria e a materialidade de um crime, pois do contrário não seria possível a punição do agente já que vigora aí o Princípio do *“in dubio pro reo”*.

Portanto com vistas à busca da verdade as ciências criminais têm se debruçado a evoluir e buscar por todos os tipos de informações que possam garantir a certeza na prova que se produz ou pretende produzir no processo penal.

E dentro deste conjunto de informações que são relevantes para o processo penal, além da identificação criminal, os antecedentes, a conduta social, contemporaneamente temos, também, graças à evolução da sociedade e do mapeamento do genoma humano, a possibilidade de se utilizar de informações genéticas contidas nos DNA e que são recolhidos em banco de dados.

Tais bancos de dados são o que atualmente se concebe na legislação brasileira como Banco de Dados Genéticos. Os dados genéticos são indiscutíveis e tem ajudado na resolução de inúmeros casos que antes não havia solução por impossibilidade de se produzir provas.

Não podemos esquecer ainda que os dados genéticos podem revelar muito além do que a simples identificação do indivíduo. O problema é que a legislação atual permite que a coleta de material genético possa se realizar sem a permissão do agente, ou ainda, mais atualmente com o advento da Lei 13.964/2019 tornou-se praticamente obrigatória a submissão à coleta pelos condenados sob pena de a não submissão ser considerada falta grave, acarretando efeitos negativos na execução da pena.

Chegamos então ao ponto sensível de aplicação prática para o problema que se busca responder com o presente artigo. Será que é justificável a Lei prever obrigatoriedade de submissão à coleta de material genético para alimentação do Banco Nacional de Perfis de Dados Genéticos? Será que não ofende a privacidade do cidadão a possibilidade do Estado coletar suas informações genéticas e disponibilizá-las num banco de dados? Principalmente será que os dados podem servir de prova de crimes? Será que tal previsão não ofende o princípio constitucional que proíbe a produção de prova contra si mesmo? Até que ponto o direito da coletividade na paz social justifica o Estado a imiscuir e restringir direitos individuais garantidos na Constituição Federal? Será que as informações do banco de dados são provas para fins penais? Essas e outras perguntas ainda carecem de resposta e evolução no ordenamento jurídico para fins de chegarmos à conclusão e uma segurança jurídica maior na aplicação do instituto.

Não é a intenção desse artigo traçar uma reta de certeza na defesa da constitucionalidade ou não da obrigatoriedade de submissão ao banco de dados genéticos, nem tampouco esgotar o tema nessas poucas páginas, mas sim trazer à reflexão que o tema ainda carece de ajustes e ponderação por parte dos legisladores e aplicadores do direito para

se garantir com maior precisão e equilíbrio tanto o direito da coletividade quanto os individuais.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 Meios de prova e a sua utilização no direito processual brasileiro

O Sistema Criminal Brasileiro vem ao longo do tempo buscando mecanismos a fim de conseguir chegar sempre à verdade dos fatos no processo, a entender o que realmente ocorreu e quem praticou determinado fato tipificado como crime.

Antes como não existia o direito, para auxiliar a solucionar os conflitos e saber quem estava com a razão era observado quem era o mais forte, chegando à conclusão que este estava correto, não precisando ser provado quem estava certo ou errado. Nesta época não havia o que se falar em prova, ela não existia e o que prevalecia era a figura do mais forte, passando a surgir aos poucos com evolução da sociedade, sendo que no início ela estava ligada a ideia de religião, utilizando vários métodos para se tentar obter a verdade, um deles era, por exemplo, que se o interrogado não falasse a verdade iria sofrer vários castigos de Deus.

Como não existiam meios de provas concretos, muitas pessoas acabaram carregando consigo, penas injustas e pesadas frente aos crimes que havia cometido ou que achavam que elas tinham cometido. Não era respeitada a integridade física do indivíduo, tampouco a sua moral. Quase sempre para se descobrir algo era imposto àquele que era interrogado castigos perversos, isto era feito como meio de coerção àquele que sofria a pena injusta e de ensinamento para quem presenciava o fato a fim de prevenir para que não ocorressem fatos análogos.

Com o passar do tempo o campo do direito positivado foi surgindo e se estruturando, e junto com ele o processo e seus ritos que aos poucos passaram a prever outros meios de provas, menos cruéis e mais confiáveis, trazendo mais segurança ao resultado final do processo.

E com a evolução chegou-se ao tempo presente, sendo que hoje são utilizados vários meios de prova, a fim de auxiliar na busca da verdade real, que é sempre o objetivo do processo penal, sem haver entre estas provas uma hierarquia, cabendo ao julgador escolher qual irá utilizar e valorá-las conforme achar mais acertado, sendo que após formar seu convencimento poderá chegar então à verdade real e ao desfecho do caso. Vê-se então que a

prova tem grande relevância no processo penal, pelo que necessário apontar o conceito deste vocábulo.

O conceito de prova nas palavras do autor Antônio Alberto Machado é o seguinte:

“O vocábulo prova advém do latim *probus*, e significa aquilo que é certo, verdadeiro, ou, por assim dizer, o que é bom e probó. Daí se conclui que a prova é uma atividade que está sempre vinculada à busca da verdade, ou seja, busca da verdade, ou seja, busca daquilo que é certo e que, portanto, reúne os atributos da probidade. A prova é, no fundo, uma tentativa de reconstrução da verdade. E buscar a verdade a verdade é talvez uma das mais angustiantes tarefas do homem, já que nem sempre os juízos humanos são capazes de atingir a realidade com absoluto grau de certeza”.

Denota-se a importância que a prova possui, isso não só como meio de conclusão do caso, mas principalmente por que as decisões devem ser calcadas em evidências e certeza, para que ninguém seja punido injustamente, principalmente se estes crimes forem dolosos ou hediondos.

Com o aumento da criminalidade e insegurança verificou-se a necessidade de aperfeiçoar e trazer para o Sistema Criminal outros meios de ajuda, novas técnicas e meios de provas. Uma dessas técnicas traria um diferencial, ajudando na resolução de crimes, a descobrir se o sujeito que praticou o crime, hediondo ou doloso que tenha havido violência contra a pessoa. Agora a identidade do indivíduo seria analisada à partir da sua genética e através dela iria ser traçado o perfil do suspeito ou condenado. Começando a ser utilizada no Brasil em 2012, como se verá no item próprio.

1.2 A identidade genética e seu auxílio em novas descobertas e aplicação no direito

É difícil definir ao certo quando começaram a ser utilizadas técnicas com o intuito de identificar pessoas. No início a identificação se dava através da observação de características morfológicas e cromáticas, isto é, por meio da observação do formato do rosto, cores do cabelo etc. Pessoas eram identificadas criminalmente por meio desta técnica.

Foi no século XX que ocorreram grandes revoluções e descobertas no território genético, mas foi no ano de 1865 com o experimento de Gregor Mendel que começou a introduzir e descobrir os genes. No experimento que fazia, avaliava em sua horta de ervilhas a unidade de hereditariedade que elas possuíam, sendo que elas não se misturavam no processo de reprodução. Denominou a descoberta como gene de elementos e que poderiam ser passados de geração em geração. Antes do século XX não se sabia que os cromossomos eram formados por DNA, sendo que este último é uma molécula formada por genes.

Com o passar do tempo e avanço nos estudos descobriram a importância que o DNA poderia ter em vários campos, uma vez que, ao avaliá-lo poderia se observar várias

informações genéticas dos indivíduos e que essas informações poderiam ser transmitidas a suas gerações futuras.

No entendimento do autor Rafael Sauthier, o ser humano possui trilhões de células as quais nasceram de uma única, sendo assim cada célula de determinada pessoa terá sua própria programação, não se confundindo com a de outra pessoa. Para que seja formado o ser humano existem várias estruturas, como se fosse um circuito, ou até mesmo uma engrenagem que trabalha o tempo todo, em que cada parte necessita da outra para que haja este funcionamento. Vejamos a formação da célula: trata-se de uma matéria viva pequenina, porém de extrema importância, essencial para a existência humana, as quais são chamadas de “unidades básica da vida”, responsáveis por produzir matéria prima, energia e remoção de lixo. Tal funcionamento só é possível à partir da existência das proteínas, ou seja, das enzimas.

Para elucidar melhor o funcionamento vejamos o ensinamento do autor Rafael:

“O DNA existe em cada célula do nosso organismo, exceto aquelas que não têm núcleo (hemácias). Assim dessa forma, a informação codificada dentro do DNA é passada de geração para geração, sendo que a metade provém da mãe, e a outra metade provém do pai”. E cada pessoa terá as informações correspondentes a sua genética”.

Diante de tais descobertas percebeu-se a importância que os genes possuem, sendo ele o responsável pela formação do indivíduo, por exemplo, no que refere ao campo da saúde, se for baseado o histórico familiar, é possível detectar a propensão que um indivíduo tem em contrair determinada doença, antes que ele a desenvolva, isto é permitido ao estudar a sua genética, o seu DNA e as características. Destaca observar que as características genéticas não são suficientes para definir o indivíduo, já que o meio externo também poderá influenciar, em sua aparência, saúde e comportamento, pois o ambiente em que vive pode modular o gene e influenciar o indivíduo na sua formação como pessoa.

Nas palavras do supra referido autor:

“Destarte, os genes, como estrutura do DNA, assumem função importantíssima pois contêm e transmitem a informação genética, sendo responsáveis pelo desenvolvimento embrionário e pela formação de um ser humano. Genoma, então, seria um conjunto de genes que se encontra em cada célula do homem”

Esta importante ferramenta utilizada para outros fins, como entender a genética de cada indivíduo, começou a ser introduzida como meio auxiliar nas descobertas de crimes por meio de comparação de dados cuja armazenagem se dá no banco de dados de perfil genético para fins criminais, o qual será abordado abaixo.

1.3 O banco de dados de perfis genéticos

Não se desconhece que vários meios de provas surgiram como instrumento para ajudar no campo criminal. Estes meios de provas foram e são de grande valia, não necessitando mais que os interrogatórios sejam colhidos com a utilização de meios de torturas, havendo maiores possibilidades de se chegar à verdade real e assim evitar que haja erro nas condenações e conseqüentemente maior eficiência do Estado.

Entre os meios de provas utilizados é a coleta de material genético que vem trazendo várias discussões no meio jurídico acerca da sua constitucionalidade, pois mesmo que seu maior intuito seja a busca da verdade dos fatos, e a possibilidade de encontrar pessoas desaparecidas por meio da utilização do DNA, se pergunta: Se ao fornecer tal material não estaria o sujeito fazendo prova contra si mesmo? O indivíduo é obrigado a colher mesmo que ele não queira? Já que a recusa incidirá em falta grave?

Antes de tentar entender os questionamentos sobre o banco genético é válido antes compreender melhor o que seria este banco de perfil genético.

1.4 Banco de dados de perfil genético e a sua aplicação no direito processual penal

O Registro de banco de dados de perfil genético é o cadastro no qual fica armazenado a identificação do perfil genético de determinado indivíduo coletado previamente por mecanismo indolor e extraído o DNA, devendo haver sigilo quanto ao conteúdo destas informações. Os vestígios biológicos coletados por peritos na cena de crimes são comparados ao DNA do suspeito ou acusado, sendo que o seu desenvolvimento obedecem algumas fases.

Nas palavras do autor Rafael Sauthier

“ (...) todo processo de identificação criminal obedece três (03) fases: O primeiro registro, onde ocorre a constatação e o armazenamento dos caracteres sintéticos do indivíduo, o segundo registro, quando o mesmo indivíduo é novamente encontrado e seus caracteres sinaléticos são novamente constatados e arquivados, e por fim, a análise comparativa de ambos os registros, afastando ou confirmando a sua identidade.”

O autor Rafael Sauthier orienta que os bancos de dados genéticos servem para identificar uma pessoa e bancos que possuem DNA são arquivos biológicos, não sendo bases de dados já que o que é armazenado são amostras de DNA congelada (arquivos de DNA).

Os países que adotam a utilização do banco de dados os sistemas são distintos, nesses se discutem quais crimes merecem que sejam colhidas amostras para fins de identificação.

No que refere ao arquivamento, cada país adota o seu sistema, possuindo prazos de arquivamento dos dados por período diferente. Em alguns é mantido até que o indivíduo esteja vivo, em outros por tempo indeterminado e outros até que o crime prescreva.

No Brasil nos moldes do texto original do Art. 7-A da Lei 12.037/2.009, na forma como incluído pela Lei 12.654/2.012, o material era armazenado e ficava armazenado até que o crime prescrevesse e só depois seria descartado. Entretanto atualmente, com o advento das modificações da Lei 13.964/2.019 temos a previsão de que os dados, agora, são armazenados até que o indivíduo seja absolvido ou decorridos vinte anos após o cumprimento da pena em caso de condenação. Veja-se:

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - no caso de absolvição do acusado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Em que pese à previsão legal acerca do banco de dados, de fato esses dados são coletados através de material genético dos indivíduos suspeitos ou condenados, mais especificamente pelo DNA.

A identificação genética pelo DNA é uma técnica que consegue auxiliar na investigação criminal e resolução de crimes já que ela consegue formar o perfil genético do indivíduo, sendo feita com a utilização de determinado produto utilizado na genética molecular humana (ácido desoxirribonucléico).

A Lei 12.654/12 determina como deverá ser feita a coleta do material biológico e de quais indivíduos será feita a coleta “*in verbis*”

“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”.

A investigação do DNA é feita da seguinte forma: Se for relacionada a crime, ao ser examinado a cena do crime os peritos irão colher todo material biológico que encontrar do suspeito ou da vítima, após estes materiais serão analisados para que seja feita a identificação do DNA, depois da análise o perfil genético descoberto é levado para o banco de dados de perfil genético, p a r a q u e s e j a m feitas comparações com demais DNA que já se encontram guardados. Isso com o intuito de descobrir quem praticou o crime, mas também a conferência pode vir até a inocentar alguém que é considerado criminoso.

Podem ser coletadas amostras de sangue, de pedaços de unha, fio de cabelo, sêmen dentre outras. As amostras colhidas são comparadas a fim de saber se possuem ligação com as

que estão armazenadas, e se houver ligação pode se dizer com grande chance de acerto que encontrou o agente do delito, visto que o exame de DNA tem quase 100% de acerto.

Estas amostras coletadas e armazenadas aumentam consideravelmente em comparação de um ano para o outro.

1.5 criação e regulamentação do banco de dados de perfil genético no Brasil

Antes que fosse introduzida alguma Lei no Brasil que tratasse sobre o tema o Código de Processo Penal autorizava em seu artigo 6º, III que a polícia judiciária realizasse a coleta de material genético, pois previa que poderiam colher todas as provas, a fim de esclarecer os fatos. As provas colhidas eram provas digitais, restos de secreções humanas deixadas na cena do crime. Só depois com a inovação da legislação 12.654/2.012 esta coleta passou a ser obrigatória.

A identificação criminal tem seu suporte autorizativo desde a Constituição de 1888 surgir, lá no seu artigo 5º, LVIII, começou a prever a necessidade da identificação, mas se o indivíduo fosse civilmente identificado não precisaria passar pela identificação criminal, mesmo que houvesse sido preso, isto para não lhe causar constrangimento em precisar ser fotografado e colhido sua impressão digital, conforme o Artigo 5º da Lei 12.037/2009 previa, agora se acaso não houvesse a identificação civil do indivíduo este realizava a identificação criminal nos moldes que este artigo orientava, já que seria necessário que houvesse suas informações documentais. No início a principal finalidade desses bancos dados era a identificação civil da pessoa e manter as suas identificações.

No Brasil a identificação criminal teve seu início com a Lei 12.037/2009, depois ocorreram alterações trazidas pela Lei 12.654/2012 que trata da execução penal e agora no ano de 2019 sofreu novas alterações, estas trazidas pelo chamado pacote “anticrime”, que alterou parte da Lei de Execução Penal. Estas alterações nas legislações geram muitas discussões acerca da Constitucionalidade da obrigatoriedade da coleta.

A Lei 12.037/2009 tratava da identificação criminal de pessoas civilmente identificadas, esta identificação se dava pela apresentação dos documentos originais para que assim se apurasse a identificação. Não havia a obrigatoriedade de submeter-se à identificação criminal.

No ano de 2012 a Presidente Dilma Russel introduziu a Lei 12.654/2012, com o intuito de que agora os dados fornecidos pudessem auxiliar nas investigações criminais, possuindo nesta ocasião outra finalidade a de identificação do DNA do indivíduo, da sua genética, e também uma nova possibilidade de auxílio para se encontrar pessoas

desaparecidas, não sendo mais apenas uma simples identificação civil. E ano de 2019 a Lei de Execução sofreu algumas alterações com o advento da Lei nº 13.964/2019, as quais serão abordadas no tópico posterior, junto com o sistema de execução penal.

1.6 Lei de execução penal e o uso do banco de dados frente à Constituição Federal, os direitos coletivos e individuais

A execução penal no Brasil é regulada pela Lei 7.210/1.984, denominada Lei de Execução Penal – LEP, que foi recepcionada pela Constituição de 1988. Passou então por diversas alterações legislativas importantes.

Um dos basilares objetivos da Lei de Execução Penal é para garantir a individualização da pena ao condenado conforme suas aptidões, a teor do que dispõe o Art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988. Com esse enfoque a LEP previa inicialmente o exame criminológico para possibilitar a adequada classificação do condenado.

Mas no ano de 2012, com o advento da Lei 12.654, a LEP passou a conter importante previsão de que para determinados tipos penais considerados graves ou pelo modo em que foram praticados, necessário seria também a submissão do condenado à identificação do perfil genético, mediante extração do DNA, por técnica indolor e adequada.

Com essa inovação legislativa surgiu então o que conhecemos hoje como Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Muito embora a Lei preveja que o banco de perfis genéticos seja sigiloso e preveja ainda punição em caso de uso inadequado das informações ali constantes, muito se tem discutido na doutrina e na jurisprudência acerca da obrigatoriedade de coleta dos condenados, ainda que sem a permissão legal destes.

A principal discussão que se tem reside em saber se a obrigatoriedade violaria a intimidade e a vida privada dos condenados, posto que para muitos autores, como por exemplo, para Bricio Luis da Anunciação Melo, as informações genéticas são personalíssimas e por isso mesmo sensíveis não só por expor a si mesmo, mas devido ao potencial de respingar em terceiros familiares do condenado e conseqüentemente ofender o princípio da individualização da pena. Isto além da discussão se os dados retirados a contra gosto do indivíduo não seria ofensa ao princípio Constitucional de vedação de produção de provas contra si mesmo.

Tanto ecoou as discussões judiciais que o STF reconheceu a repercussão geral no RE 905 do STF na qual se discute a Constitucionalidade do Banco de Perfis Genéticos, cujo julgamento não tem data definida pela Suprema Corte.

Ocorre que no final do Ano de 2019, com a publicação da Lei 13.964/2019, conhecida popularmente com a Lei do “pacote anticrime” que alterou substancialmente a legislação penal e processual penal, o Ar. 9º-A da Lei de Execução Penal passou a contar com a inclusão do §8º que imputa falta grave ao condenado que não se submeter ao procedimento de investigação genética, assim, § 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Referida alteração legislativa reascendeu ainda mais a discussão sobre a validade do banco de perfis genéticos, mas de modo especial sobre a obrigatoriedade de submissão àqueles condenados por crimes cometidos dolosamente e com violência grave à pessoa ou condenados por crimes hediondos.

Veja que agora não mais contém a previsão tão somente da obrigatoriedade de captação de dados genéticos para o banco de perfis como antes da Lei 13.964. Agora se o condenado recusar-se sofre sanção na prática visto que a falta grave lhe repercute desfavoravelmente no cumprimento da pena.

Ressalta-se que antes da Lei 13964/2019, estava sedimentado que em caso de recusa do condenado poderia ser coletada as informações genéticas por qualquer fonte, ainda que não consentido pelo condenado, como por exemplo, pelo fio de cabelo encontrado numa toalha.

De toda forma com a nova previsão legal, que no fundo visa ampliar o rol de informações constantes do banco de perfis genéticos carece de ampla discussão e debates em torno das teses que se coloca tanto a favor de sua existência quanto a seu desfavor, pois de fato algumas questões são importantes, como definir se os dados podem por si só constituir prova contra o condenado? Se ofende a proibição de produção de prova contra si mesmo? E ainda se em face da previsão de falta grave em caso de negativa, não seria um agravamento da pena? Além de outros questionamentos encontrados que gravitam em saber sobre ofensa à isonomia a obrigatoriedade de submissão ao banco de perfis somente a condenados grave em caso de negativa, não seria um agravamento da pena? Além de outros questionamentos encontrados que gravitam em saber sobre ofensa à isonomia a obrigatoriedade de submissão ao banco de perfis somente a condenados.

Toda discussão em torno do banco de dados genéticos será importante para que se possa haver o aperfeiçoamento natural para servir ao propósito a que foi criado que tem como pano de fundo um direito social muito caro à sociedade que é o direito à segurança pública, previsto no Art. 6º da Constituição Federal.

Com isso então chegamos aos problemas que se tentará solucionar no presente trabalho que é saber se o direito da coletividade à segurança pública justifica e autoriza o Estado imiscuir-se, ainda que forçosamente, na vida privada do condenado com a imposição de seus dados no banco de perfis genéticos, já que nenhum direito constitucional é absoluto; ou se deve haver aplicação de ponderação para garantir ao cidadão a sua privacidade.

É que passa-se a expor e se tenta solucionar adiante.

Em verdade a submissão do condenado ao investigado no banco de dados genéticos revela-se um bom meio previsto pela legislação para garantir também à toda coletividade o direito à vida, na medida que através do banco de dados se poderá prevenir crimes graves como homicídio e latrocínio, além de garantir a segurança pública e a própria segurança jurídica nas decisões judiciais criminais, visto que por meio do banco de dados é possível se aferir com mais segurança o verdadeiro culpado pela infração penal, evitando assim penalizações de pessoas erradas.

Nesse sentido o Professor Guilherme de Souza Nuci descreve que é constitucional o banco de dados porque quanto mais segura a identificação criminal for, menor as chances de erros do Estado na aplicação de sanção aos condenados, vejamos:

A identificação criminal, quanto mais segura, melhor. O Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo no lugar de outro, por falha na documentação colhida, sujeita que é aos mais diversos procedimentos de falsificação. O acusado, igualmente terá a oportunidade de não responder por delitos cometidos por pessoa diversa. Logo, não vislumbramos nenhuma lesão a direito ou garantia individual nessa medida.

Tomando como base ainda a linha de ensinamento do doutrinador citado podemos concluir que o banco de dados genéticos garante mais benefício ao acusado e à coletividade e devem ser tidos como mais valor do que eventual ofensa a direito individual.

Certamente a resolução para a questão afinal de contas deverá ser mesmo solucionada pela comparação e então decidir-se pela ponderação, a qual, segundo o Min. Roberto e Barroso do Supremo Tribunal Federal, “é uma “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”. Noutras palavras se submetermos um caso concreto às regras de interpretação jurídica e não se chegar normalmente à qual regra vai prevalecer, deverá o julgador no caso concreto decidir por meio

de ponderação aquela que prevalecerá, levando-se em conta a que menos ofender o direito protegido pela Constituição.

Essa técnica de ponderação é justamente a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes onde, igualmente, temos conflito entre qual direito constitucional deve prevalecer, sempre com foco na proporcionalidade, veja-se:

Ementa

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DE NATUREZA PRECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 735/STF. SIGILO BANCÁRIO. CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Em respeito ao art. 102, III, da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal cabe o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância. 2. Recurso interposto contra acórdão que confirmou decisão de deferimento de medida liminar, portanto, de natureza precária. Incidência da Súmula 735/STF 3. Na hipótese, a quebra de sigilo foi determinada pelo Judiciário, em decisão que deferiu liminar em ação cautelar preparatória de ação civil pública de improbidade administrativa. Os **direitos fundamentais** estatuídos pela Constituição, quando em conflito, podem ser relativizados. De modo que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses público, social e da justiça. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 612687 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 27/10/2017, Publicação: 14/11/2017) – sem grifos no original.

Da ementa acima pode ser percebido claramente dois posicionamentos importantes para se resolver o problema do presente trabalho, a saber: uma é de que no aparente conflito de direitos fundamentais deve ser solucionado pelo princípio da ponderação no caso em concreto; a outra é que os direitos fundamentais podem ser relativizados.

Não à toa que se escolheu a ementa acima, pois que nela o direito fundamental relativizado foi o da privacidade, ou seja, justamente o direito fundamental em que se apoiam os críticos da existência do banco de dados genéticos para fins criminais. Na ementa supra o que se preservou foi justamente o interesse público, social e da justiça, a demonstrar, num exercício simples de reflexão, que ante o interesse público, na grande maioria, das vezes o direito individual será relativizado.

Desta feita entende-se então que prevalece o interesse público da coletividade e da segurança pública, que no final das contas visa garantir o direito à segurança e à vida das pessoas, deve prevalecer na aplicação da lei para abastecimento do banco de perfis genéticos, ainda que eventualmente se configure uma ofensa à intimidade e à privacidade dos indivíduos.

O que certamente não se poderia admitir é a utilização da força com foco na colheita de material, de forma que o indivíduo tenha desrespeitado sua integridade física, pois ai

claramente estaríamos diante de uma ofensa à própria dignidade da pessoa humana e por certo estaríamos diante de um ato cruel por parte do Estado, caso em que certamente pela ponderação, como visto, certamente se prestigiaria ao direito de não submissão ao exame forçado.

Noutro viés temos que igualmente o direito de não se incriminar também não é ofendido pela submissão à coleta de dados de DNA para alimentação do banco de perfis genéticos.

É que, no caso, por força da própria técnica de ponderação e da proporcionalidade, a própria lei se incumbiu de selecionar os casos em que tal submissão obrigatória seria viável vejamos:

Art. 90-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Nota-se então que somente em caso de crimes dolosos e graves é que imputarão a submissão de coleta pelo agente que já foi condenado pelo crime, porque os legisladores entenderam que neste caso pela proporcionalidade a coleta de dados pode prevalecer sobre eventual privacidade dos condenado em prol da justiça.

No que toca ainda à produção de prova contra si mesmo parece que não há ofensa à este princípio submeter-se à coleta de DNA porque é obrigatório somente para o condenado, repita-se. De modo que não há que se falar em produção de prova contra si mesmo, pois os dados não serão utilizados para condenação que já se encerrou e foi embasada noutras provas colhidas sobre os ritos processuais e judiciais, com observância do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição Federal.

Em verdade o que se buscará é tão somente alimentar o banco de dados para confrontação e identificação criminal, mas não se prestará à condenação de quem quer que seja que já estiver condenado.

Uma discussão que poderá surgir é se os dados poderão ser utilizados como prova noutros processos e se tal utilização incorreria na produção de provas contra si mesmo.

Neste caso é possível defender também que não há ofensa, pois em verdade o dado constante do banco de perfis genéticos é mais uma informação para identificação criminal assim como os dados datiloscópicos ou outros dados constantes de bancos de dados de cartórios, receita federal etc.

Observa-se que num eventual caso onde os dados de perfis genéticos serão requisitados pela autoridade policial numa investigação qualquer, os dados não serão as provas, como visto em item anterior. A prova será a pericial a ser realizada por meio de material genético colhido por meios legais no local do crime que deixou vestígios. Vale dizer não se forçou o indivíduo a deixar materiais genéticos nos vestígios, mas ao contrário tais informações genéticas presentes naqueles são uma decorrência natural do ato delitivo.

Desta feita coaduna-se com o entendimento defendido pelo Ilustre jurista Guilherme de Souza Nucci de que a polícia pode extrair do local do crime todos os elementos necessários à resolução do crime, tal como o DNA que seria apenas mais um elemento informativo para confronto da mesma forma como se dá hoje com a apuração de imagens de câmeras que são utilizadas para confrontar e identificar o agente criminoso.

De todo lado que se veja, não se desprezando o raciocínio e a argumentação daqueles que defendem a Inconstitucionalidade da obrigatoriedade de submissão do condenado, já que o §8º do Art. 9º-A, da Lei de Execução Penal (Lei. 7.210/ 1.984) prevê que a negativa de passar pela coleta de informações configura falta grave, com inegáveis consequências na execução da pena, não há como se desprezar a relevância de se obter no banco de dados de perfis genéticos para investigação criminal um avanço na busca de justiça e segurança pública para toda a sociedade. Num apontamento mais acurado não há como se entender pela Inconstitucionalidade haja vista que não é possível considerar as informações como prova em si mesmo a ser utilizada contra os indivíduos, em suma, se atermos à prevalência do interesse público da coletividade na segurança jurídica, na segurança pública e na proteção do direito à vida.

1.7 A amplitude da utilização do registro de banco de dados, e sua importância para a coletividade

O direito a privacidade é um direito fundamentado na Constituição Federal, sendo um direito fundamental da pessoa, cabendo ao Estado a proteção deste direito. Antigamente este direito não tinha espaço para a sociedade, sendo que o que prevalecia eram as vontades dos mais poderosos, os burgueses da época, enquanto os desfavorecidos nem tinham direito a nada, viviam à mercê e arbítrios dos poderosos. Com o tempo e evolução das pessoas este direito que é tão caro começou a tomar espaço. Depois do fim do absolutismo que ignorava a igualdade, surgiram novas pensamentos que não aceitavam que o Estado

interviesse demasiadamente na seara individual, trazendo, à partir daí, uma maior liberdade as pessoas, porém demorou-se para que este direito fosse no mundo consolidado e positivado.

Se referindo ao tema foi no século XX com a declaração Universal de Direitos do Homem que reconheceu esta como um direito autônomo. Tal direito deixa de ser apenas uma reivindicação passando a ser uma norma jurídica. No Brasil à partir da Constituição de 1888, artigo 5º há o entendimento do direito a privacidade e este direito deve ser tutelado já que se trata de um direito que retrata a dignidade da pessoa humana.

O ponto é analisar se este direito a privacidade se estende ao sujeito suspeito ou condenado pela prática de um tipo específico de crime que a Lei ordena que deva ser feito a coleta de material para fins de investigação.

É evidente a importância que estes dados trazem para a coletividade, sendo importante a ajuda da ciência já que no Brasil poucos crimes conseguem ter solução e se chegar ao criminoso. Ao ser feita a coleta de material genético para fins de identificação criminal, se busca a segurança da coletividade por que se o indivíduo que cometeu crime ficar solto poderá voltar a praticar outros crimes. E é certo que utilizando dados genéticos e analisando características hereditárias já foram possíveis solucionar vários casos no Brasil.

Entre estes casos pode ser citado o do menino Pedrinho e de sua irmã Roberta o qual só foi possível tal desfecho graças à análise do DNA.

Vejamos: O caso teve início quando uma enfermeira entrou no hospital e pegou o bebê recém nascido, enquanto sua mãe se recuperava do parto. Devido a aparição destas crianças na casa da sequestradora, começaram a surgir suspeitas em sua família, mas só depois de vários anos que começaram a investigar. Foi realizado o exame de DNA 15 anos depois do desaparecimento e ao final obtido a verdade. Isto só pode ocorrer graças a comparação de seu material genético.

Este outro caso se refere a um crime doloso que foi praticado em Santa Catarina, conforme notícia do G1:

“O autor de um assassinato ocorrido na capital paranaense em 2010 foi descoberto no laboratório de genética da Polícia catarinense. O DNA dele estava cadastrado no banco nacional de perfil genético desde 2013, quando ele estuprou uma adolescente em Santa Catarina. O homem agora pode responder também pelo homicídio”.

Como visto está técnica vem auxiliando no campo do Sistema Criminal, sendo mais uma das várias ferramentas utilizadas para auxiliar os meios de prova.

Outra questão, a qual já foi mencionada anteriormente é que nenhum direito Constitucional é absoluto, então é necessário que seja observado o princípio da proporcionalidade para que o direito a privacidade do indivíduo não seja deixado de lado e

que só ocorra limitação se for para proteger outro bem jurídico igualmente relevante, como é o caso do direito da coletividade em atenção ao interesse público.

2 PENSAMENTO CRÍTICO: A SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA SÓ DE CONDENADOS NÃO É DISCRIMINATÓRIO?

Para desenvolver esse tópico de modo que não se tenha uma interpretação errônea acerca do ponto de vista que será defendido melhor tecer alguns breves apontamentos e pinceladas de interpretação da Constituição, no que trata da Isonomia.

A Constituição Federal consagra o Princípio da igualdade no Art. 5º, pela qual todos são iguais perante a lei.

Em regra todos os cidadãos brasileiros são iguais perante a Lei sem que se haja distinção. Todavia a própria Constituição dá o caminho necessário à compreensão que em determinadas situações é possível sim, a própria lei criar regras diferentes de aplicação gerando uma falsa percepção de desigualdade que não ocorre.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “*Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”. (NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7ª ed., São Paulo: RT, 2014. apud: Jeanne Ambar, in “Princípio da Igualdade”– encontrado em: <https://jeannecarla.jusbrasil.com.br/artigos/515383473/principio-da-igualdade#:~:text=Na%20li%C3%A7%C3%A3o%20de%20Nelson%20Nery,fato%2C%20e%20n%C3%A3o%20meramente%20formal.,> acessado em 21 de ago 2020.) Ocorre que a lei não faz distinção pura de pessoas. Observe-se que o Inciso II, do Art. 5º, da Constituição Federal aponta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei. Deste modo a submissão ao exame de DNA está devidamente previsto em lei.

A proibição da distinção de pessoas a que se refere o texto constitucional diz respeito à natureza do indivíduo, seja pelo gênero, pela preferência, pela cor de pele, pela origem etc. Mas é possível defender que pelo contrário a Lei 12.037/2.009 em seu Art. 5-A, §1º, preserva eventual discriminação que se possa haver no momento na medida em que determina que não se pode extrair traços somáticos ou comportamentais das pessoas. Veja-se:

§ 1o As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

Desta feita a coleta de dados genética por determinação legal se justifica por imposição constitucional no dever maior do Estado em solucionar os crimes com a devida identificação Criminal como determina o Inciso LVIII, do Art. 5º da Constituição que reza: *O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.*

Tratando-se o banco de perfis genéticos um mero instrumento de identificação criminal, apoiando-se na própria Constituição pode-se dizer que não haveria que se cogitar em discriminação em face dos condenados que devem submeter-se obrigatoriamente à coleta de material genético, muito embora não se desconheça que o direito à privacidade é muito caro a todos nós. A exceção que é relevante e deve ser observada é que o banco de dados de perfis genéticos para fins de investigação criminal deveria ser muito mais amplo, em verdade, sem embargos de decisão contrária, o Estado deve ser impulsionado a dar eficácia ao princípio da eficiência na buscas de prevenção e resolução de crimes, para os quais indispensável a boa identificação criminal com vistas a evitar-se erros judiciais, poderia gerir política públicas criminais de cunho preventivo, na qual se buscasse a expansão do banco de dados de modo que alcançassem a todos os cidadãos, quem sabe agregando o procedimento de coleta por ocasião da coleta datiloscópica para o documento de identificação.

Se assim fosse feito se resolveria eventual discussão sobre ofensa à igualdade ou discriminação e de fato haveria uma forma segura e preventiva de se evitar crimes.

3 DISCUSSÃO JUDICIAL – TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 905 DO STF

Em que pese o presente trabalho defender pela Constitucionalidade do banco de dados de perfis genéticos para fins criminais, é certo que a palavra final será da Suprema Corte, que futuramente terá de decidir se a submissão obrigatória de condenado à coleta de dados para o referido banco viola ou não direitos individuais da personalidade ou o direito de não autoincriminação, já que no Leading Case: RE 973837, originário do Estado de Minas Gerais, foi reconhecida a Repercussão Geral pelo plenário em 24/06/2016, na qual se adotou a seguinte descrição:

“Recurso extraordinário em que se discute, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/1984, introduzido pela Lei 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos”.

Desta feita teremos de aguardar a definição da suprema corte que dará o parecer final em interpretação autêntica que deverá ser observado por todos, já que aquele referido recurso foi admitido sobre o crivo da repercussão geral.

Válido ressaltar que a repercussão geral foi reconhecida antes da edição da Lei 13.964/2.019 que alterou a lei 7.210/1.984 (LEP), para tornar falta grave a recusa do condenado em submeter-se à coleta de exame de DNA. Deste modo não é possível afirmar que referida Lei será preponderante para definir os votos dos Ministros da Suprema corte, posto que não se previa tal punição anteriormente.

CONCLUSÃO

Atento aos fundamentos acima expostos é possível depreender que no campo das ciências criminais, seja no processo penal ou na execução penal, se torna indispensável a colheita de informações, necessárias para identificação ou para ajudar na investigação de criminosos, principalmente na solução dos crimes considerados graves ou de maior repulsa que atenta contra patrimônio jurídicos caros à sociedade, sendo o principal deles a vida humana.

Com vistas nisso é possível concluir que o banco de dados de perfis genéticos pode ser considerado elementos informativos a serem adotados pelas autoridades da investigação criminal e pelos peritos criminais na elaboração de laudo pericial, mas não é possível afirmar que sejam provas em si mesmas consideradas. Noutras palavras as informações sozinhas não provam nada, já que precisam dos vestígios coletados pela polícia no local do crime.

Apesar de se haver grande discussão e divergência na Jurisprudência e na Doutrina Brasileira acerca da constitucionalidade da obrigatoriedade de submissão de coleta de dados pelo exame de DNA para alimentação do banco de perfis genéticos para fins criminais, existem fortes fundamentos que levam à conclusão pela sua Constitucionalidade, já que o interesse público estatal em garantir segurança pública, segurança jurídica na resolução com eficiência e acerto na resolução de crimes e no garantimento do direito à vida a todos, pela aplicação do Princípio da Ponderação como vem sendo adotado pelo STF na resolução de demandas onde haja colisão de direitos fundamentais, pode ser justificado a prevalência do interesse coletivo sobre o individual relativo à privacidade do condenado que estaria sendo ofendida.

Conclui-se também que a própria Constituição justifica a adoção, segundo os termos da Lei, de meios eficazes de adoção de identificação criminal e prevenção contra crimes graves, de modo que não há como se apontar com certeza discriminação em submeter somente os condenados à coleta obrigatória de dados genéticos, e que em verdade pelo dever Constitucional de garantia do direito social da segurança pública, pautada no princípio constitucional da eficiência, o Estado deveria adotar políticas públicas no sentido de ampliar a

todos a coleta de material para alimentação do bando de dados, já que a Lei permite o armazenamento de dados indispensáveis à identificação criminal sem permitir que sejam violados caracteres genéticos de âmbito personalíssimo do indivíduo, dando a eles a segurança do sigilo dos dados. Por fim, embora se defenda a Constitucionalidade da adoção do banco de dados de perfis genéticos como se encontra hoje na atual legislação, ainda que de caráter obrigatório somente à parcela da população, inclusive, da população carcerária, a palavra final será do Supremo Tribunal Federal que irá jogar em breve o Leading Case: RE 973837 que teve repercussão geral decretada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo. *Legislação penal especial*. 9º ed./São Paulo: editora Saraiva, 2013, p.212.

ARAÚJO, Deborah Alcantara de; SOUZA, Carlos Antônio de; CAMPELLO, Reginaldo Inojosa Carneiro; CARVALHO, Marcus Vitor Diniz de; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 164, 2020. p. 415-444. fev, 2020. DTR, 2019, 42746.

AUGUSTI, Mariana. Ciências Penais: identificação criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica*. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, SP, v. 7, p. 109-127., 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41395/da-constitucionalidade-da-identificacao-criminal-mediante-perfil-genetico>. Acesso em: 14 jun. 2020.

CONTI, Paulo Henrique Burg; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. A diversidade genética humana na era dos diagnósticos genéticos: aspectos bioéticos e da proteção de bens jurídico-penais supraindividuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 150, 2018. p. 77 – 118. Dez, 2018. DTR, 2018, 22441.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de. *A identificação genética dos civilmente identificáveis como meio de prova de autoria*. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/3621/242_9/ Acesso em: 14 jun. 2020.

GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. *A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25368>. Acesso em: 15 jun. 2020.

GRANT, Carolina. *Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil*. Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, DF, v. 17, n. 389, p. 32-33., 1ª quinz. abr 2013.

GRECO, Rogério. Identificação do perfil genético cini efeito da condenação. In.: *Curso de direito penal: parte geral - Arts. 1º a 120 do CP*. 19. ed. revisada, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2015 Niterói, RJ: Editora Impetus, 2017. v. 1 . 949 p., Brochura, 23 cm. (1). ISBN 9788576269304. p. 796-797.

GUEDES, D. A. P. S.; FERNANDES, R. M.. *A adequação da lei de execução penal ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: www.atenas.edu.br. Acesso em: 25 fev 2017.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. Law 12.654, 2012 and human rights. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 98, 2012. p. 339-358. set – out, 2012. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 6, 2015. jan – dez, 2015. DTR, 2012, 450723.

MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo de. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 161, 2019. p. 75-99; nov, 2019. DTR, 2019, 40730.

MARIÚ, Pedro Rabello. A busca pela equidistância entre garantismos: identificação criminal de perfis genéticos e análise da constitucionalidade do art. 9-a da lei de execuções penais no recurso extraordinário nº 973837/MG. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, RJ, v. 70, n. 70, p. 209-224., out./dez. 2018.

MASCHIETTO, Caroline Maria. *Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal*. [s.ed.] Sorocaba, SP: Faculdade de Direito, 2016. 36 p., Brochura, 30 cm.

MELO, Bricio Luis da Anunciação. *A submissão obrigatória à identificação de perfil genético para fins criminais*. 1ª ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. 3ª ed. – Rio de Janeiro:Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Volume 2. 6º ed. São Paulo, editora revista dos tribunais, 2012, p. 409.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. Coleta de perfil genético a nova lei penal. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, v. 16, n. 372, p. 18-19, 2ª quinz. jul 2012.

Parâmetros legais para a criação de um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, Brasília, DF, n. 43, p. 66-72, dez.. 2012. Assuntos: Check list para regulamentação, Quanto à coleta de material, Quanto ao armazenamento de dados e processamento, Quanto à gestão de banco de perfis genéticos, Quanto à valoração do perfil no processo penal.

RUIZ, Tiago. Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, SP, v.21, nº 243 p. 3 e 4, fev de 2103.

SALTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/2012*. 1ª ed. – Curitiba, PR: CR, 2015

SAMPAIO, Artur Livônio Tavares de. *A execução Penal e o princípio da dignidadeda pessoa humana*. Disponível em: www.jurisway.com.br. Acesso em: 25 fev. 2017.

SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 165, 2020. p. 159-185. mar, 2020. DTR, 2020, 373.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 110, 2014. p. 329-366. set – out, 2014.

_____. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. vol. 6, 2015. jan – dez, 2015. DTR, 2014, 18446.

VAZ, Maria João Carvalho. Crítica da nova etiqueta neurocriminológica de perigoso nato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 144, 2018. p. 81-123. Jun, 2018. DTR, 2018, 14290.

SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA: aplicação e modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019

PROGRESSIVE PENALTY ENFORCEMENT SYSTEM: application and modifications introduced by Law nº. 13.964/2019

AMANDA SISTI DE SOUZA¹

RESUMO: O presente artigo faz um estudo das modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, chamada popularmente de “Lei Anticrime”, no artigo 112 da Lei de Execução Penal, através da análise dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a progressão de regime antes e depois da alteração legislativa. O problema enfrentado é entender se as modificações são suficientes para que o sistema progressivo brasileiro atue de forma mais justa e equilibrada, cumprindo de forma efetiva os fins da pena e atendendo ao ideal de justiça. Conclui-se que apesar das lacunas deixadas pelo legislador, bem como falhas de redação que podem levar a interpretações divergentes, o sistema progressivo está mais equilibrado e justo, principalmente devido à diversificação no rol de lapsos para a obtenção do requisito objetivo, de forma a melhor individualizar a execução da pena, levando em conta a gravidade objetiva do crime e as condições subjetivas do apenado. A pesquisa foi realizada através de análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Progressão de regime; Lei de execução penal; Lei anticrime.

ABSTRACT: This article makes a study of the changes introduced by Law No. 13.964/2019, popularly called the "Anti-Crime Law", in article 112 of the Criminal Execution Law, through the analysis of the objective and subjective requirements required for the progression of the regime before and after the legislative change. The problem faced is to understand whether the changes are sufficient for the Brazilian progressive system to act in a more fair and balanced way, effectively fulfilling the purposes of the penalty and meeting the ideal of justice. It is concluded that despite the gaps left by the legislator, as well as drafting flaws that can lead to divergent interpretations, the progressive system is more balanced and fair, mainly due to the diversification in the list of lapses to obtain the objective requirement, in order to better individualize the execution of the sentence, taking into account the objective gravity of the crime and the subjective conditions of the offender. The research was carried out through bibliographical, legislative and jurisprudential analysis.

Keywords: Regime progression; Criminal enforcement law; Anti-crime law.

INTRODUÇÃO

Em 24 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei nº 13.964/2019, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro do ano seguinte e, com ela, foram modificadas 17 leis, dentre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

A Lei, conhecida popularmente como “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”, faz parte de um projeto de medidas criadas para combater a corrupção, o crime organizado e os

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Artigo elaborado sob orientação do Prof. José Francisco Cagliari, publicado após aprovação do Trabalho de Curso.

crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa, com a finalidade de “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”², como expõe em seu art. 1º.

Contudo, desde a sua publicação, a Lei tem gerado inúmeras críticas de juristas e especialistas, principalmente referentes a sua redação, considerada falha e feita às pressas com a finalidade de dar uma resposta rápida à população frente às promessas de um novo Governo que se elegeu com a bandeira anticorrupção.

No que diz respeito a Lei de Execução Penal, as mudanças introduzidas no art. 112, e que alteraram significativamente o sistema de progressão de regime, tem gerado inúmeras discussões entre doutrinadores e profissionais que trabalham na área, que divergem quanto a aplicabilidade de vários dispositivos.

Diante disso, é de extrema importância compreender como essas mudanças refletirão na operacionalização do sistema progressivo, considerando que os requisitos subjetivos e, especialmente, o requisito objetivo para a obtenção do benefício foram alterados consideravelmente.

Além disso, em alguns pontos, a Lei trouxe uma redação ambígua, que tem gerado divergências de interpretação e grandes discussões no âmbito da progressão prisional, principalmente em relação aos reincidentes em crimes hediondos, questão essa que será objeto de tópico específico.

1. O SISTEMA PROGRESSIVO NO BRASIL

O Código Penal Brasileiro, bem como a Lei de Execução Penal adotaram o sistema progressivo inglês para o cumprimento das penas privativas de liberdade, modelo que foi desenvolvido por Alexander Maconochie no século XIX, na Ilha de Norfolk, na Austrália, porém com algumas adaptações e modificações.

O sistema inglês, conforme relata Cezar Roberto Bittencourt³, buscava mudar a forma desumana com a qual eram tratados os condenados, substituindo os castigos aos quais outrora eram submetidos, por um sistema de prêmios. O sistema, também conhecido como *mark system*, media a duração da pena pela soma de trabalho e de boa conduta do condenado, e essa soma era representada por uma quantidade específica de marcas ou vales, sendo que o preso deveria atingir certo número de vales, que eram acumulados conforme os dias de

² BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: Causas e alternativas*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

trabalho, e sofriam descontos no caso de má conduta. Esse sistema era dividido em três períodos: o primeiro era o isolamento celular diurno e noturno, o segundo consistia em trabalho em comum sob a regra do silêncio e, finalmente, o terceiro período era o de liberdade condicional.

O sistema progressivo no Brasil, encontra-se definido tanto no Código Penal, no art. 33, §2º, que diz “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva”⁴, como também no art. 112, da Lei de Execução Penal, que dispõe que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso”⁵.

A adoção deste sistema no Brasil também atende a necessidade de se concretizar importantes princípios do Direito Penal, como o princípio da individualização da pena no plano administrativo, momento em que, segundo Cleber Masson⁶, deve o Estado cuidar de cada condenado de forma singular, buscando cumprir integralmente as finalidades da pena. Também o princípio da proporcionalidade executória, sendo uma importante ferramenta que leva em conta as condições pessoais e o mérito do condenado, permitindo que se chegue o mais próximo possível do ideal de justiça, evitando excessos e, ao mesmo tempo, punindo o condenado com razoabilidade pelo mal causado à sociedade.

Inclusive, foi exatamente com base nos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado no caso de crimes hediondos ou equiparados, assunto que será abordado no presente estudo em momento oportuno.

Ademais, não se pode esquecer do princípio da dignidade da pessoa humana, que foi consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição Federal, servindo como a base de que derivam todas as garantias e direitos individuais que devem ser protegidos pelo Estado Democrático de Direito, evitando o uso arbitrário e abusivo do poder punitivo.

Também encontramos na Exposição de Motivos do Código Penal a opção do legislador pelo sistema progressivo:

35. A decisão será, no entanto, provisória, já que poderá ser revista no curso da

⁴ BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁵ BRASIL. *Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral* (Arts. 1º a 120). 13ª. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2019, p. 40.

execução. A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.⁷

O sistema brasileiro trouxe mudanças em relação ao sistema progressivo inglês, entre as quais estão os regimes de cumprimento de pena, cada um com suas características, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 - Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade e suas características

Regime Fechado	Regime Semiaberto	Regime Aberto
Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.	Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.	Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.
§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.	§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.	§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.
§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.	§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.	§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.
§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.		

Fonte: autoria própria, com base no Código Penal Brasileiro.

A progressão de regime prisional, conforme leciona Cleber Masson: “...integra a

⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html> . Acesso em: 02 abr. 2021.

individualização da pena, em sua fase executória, e destina-se ao cumprimento de sua finalidade de prevenção especial, mediante a busca da preparação do condenado para a sua reinserção na sociedade.”⁸

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico veda a chamada progressão “por saltos”, não podendo o condenado passar diretamente do regime fechado ao regime aberto, já que deverá ser avaliado de forma gradual, de modo a aferir se realmente está apto a cumprir sua pena em regime mais brando. Essa vedação consta do item 120 da Exposição de Motivos da LEP, bem como na Súmula 491 do STJ, que estabelece ser “inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”⁹.

Há ainda a possibilidade de regressão de regime no caso de o condenado praticar crime doloso ou falta grave, ou caso venha a sofrer condenação por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução torne impossível a manutenção no regime em que se encontra, conforme preceitua o art. 118 da LEP¹⁰.

2. A PROGRESSÃO DE REGIME ANTES DA LEI Nº 13.964/2019

No sistema brasileiro, para ter direito a progredir para o regime mais brando, o condenado deverá cumprir cumulativamente dois requisitos, um objetivo, que consiste no cumprimento de uma parcela da pena no regime anterior, e outro subjetivo, que deve ser aferido através do comportamento do preso durante a execução de sua pena, conforme determina o art. 112 da LEP, sistemática que não foi alvo de mudanças.

No entanto, a redação do art. 112 da LEP anterior à Lei nº 13.964/2019 dispunha a necessidade do cumprimento desses dois requisitos de maneira sucinta, sem fazer diferenciação entre a natureza dos delitos e sem qualquer parâmetro de avaliação das condições pessoais do apenado.

Assim era a redação anterior:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

⁸ MASSON, op. cit., p. 475.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 491. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, São Paulo, 08 de agosto de 2012.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.210/1984, art. 118: A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.¹¹

O dispositivo previa que para alcançar o requisito objetivo o condenado deveria cumprir ao menos 1/6 (um sexto) de sua pena. O lapso referia-se aos crimes de natureza comum, uma vez que a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), após alteração introduzida pela Lei nº 11.464/2007, passou a prever dois lapsos temporais diferenciados para os crimes hediondos ou equiparados: o apenado por crimes dessa natureza deveria cumprir 2/5 (dois quintos) de sua reprimenda, se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente, conforme redação do art. 2º, §2º da referida Lei.

Com o advento da Lei nº 13.769/2018, foi incluído, no art. 112, da LEP, o §3º, trazendo uma progressão especial para o caso de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, que podem alcançar o direito à progressão de regime ao cumprir ao menos 1/8 (um oitavo) da pena privativa de liberdade e cumprir cumulativamente outros quatro requisitos: a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e d) não ter integrado organização criminosa.

O lapso de 1/8 (um oitavo) independe da natureza do delito, devendo ser observado tanto no caso de crimes comuns como nos crimes hediondos e equiparados, ficando o benefício sujeito à revogação no caso de cometimento de novo crime doloso ou falta grave, de acordo com o §4º da Lei.

Ambos os parágrafos não sofreram quaisquer alterações com o advento da Lei nº 13.964/2019.

Em suma, para atender ao requisito objetivo para a progressão de regime, o condenado deveria cumprir as seguintes frações:

¹¹ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2021.

Tabela 2 - Progressão de regime antes da Lei nº 13.964/2019.

Natureza do crime	Condição do apenado	Lapso Temporal
Crimes Comuns	Primário ou reincidente	1/6
Crimes hediondos	Primário	2/5
Crimes hediondos	Reincidente	3/5
Mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência	Primária	1/8

Fonte: Ministério Público do Paraná, 2020.

Ocorre que, apesar dos diferentes lapsos a depender da natureza do crime, fica evidente que a condição pessoal no condenado não era levada em consideração de forma satisfatória pela lei, principalmente no que diz respeito aos crimes comuns, para os quais o condenado teria atendido o requisito objetivo após cumprir 1/6 (um sexto) de sua reprimenda, independente de sua primariedade ou reincidência.

Além disso, outra situação que causou controvérsia quando da entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, que incluiu os lapsos para condenados por crimes hediondos e equiparados, foi a questão relativa à própria reincidência, já que a lei não diferenciava a reincidência genérica da específica. Contudo, ao julgar um *habeas corpus* em que um condenado reincidente genérico buscava o direito à progressão para regime menos gravoso com o lapso de 2/5 (dois quintos), o STJ¹² decidiu que, devido à Lei não fazer distinção alguma entre reincidência genérica e específica, deveria-se utilizar o lapso de 3/5 (três quintos) qualquer que fosse a reincidência, ficando o lapso de 2/5 (dois quintos) apenas para os condenados primários.

Entretanto, como já explicado, não bastava satisfazer ao requisito objetivo para obter o direito à progressão de regime, sendo indispensável também a comprovação do mérito do condenado que deveria ser analisado, num primeiro momento, ao iniciar o cumprimento de sua pena através do exame de classificação, e durante a execução por meio do exame cirminológico.

¹² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas corpus nº 301.481-SP. Impetrante: Osvaldo Luis Pereira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ericson Marinho, Brasília (DF), 02 de junho de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402012801&dt_publicacao=11/06/2015. Acesso em: 12 jul. 2021.

Ao explicar as razões para a classificação dos condenados, na Exposição de Motivos da LEP, o legislador evidenciou a opção pela execução científica:

26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.¹³

Explica Cezar Roberto Bitencourt que:

A reforma penal de 1984, identificada integralmente com o moderno Direito Penal da culpabilidade, comprometeu-se com a execução da pena privativa de liberdade cientificamente orientada. E a classificação dos condenados torna-se requisito fundamental na nova concepção penitenciária e é o desdobramento natural do princípio constitucional da personalidade da pena (que nunca deverá passar da pessoa do criminoso).¹⁴

Assim, a Exposição de Motivos da LEP deixa claro que o legislador se preocupou em encontrar um meio de garantir a efetividade dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, através de ferramentas que permitissem o juízo de suficiência e necessidade ao avaliar a evolução do condenado, desde o início de sua execução e antes de conceder qualquer tipo de benefício que ampliasse sua liberdade.

Nesse mesmo sentido, consta também do item 31 da Exposição de Motivos, a recomendação do exame criminológico:

A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.¹⁵

E, ainda, o item 32:

A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semi-liberdade ou de prisão-albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.¹⁶

Ainda segundo Cezar Roberto Bitencourt:

A realização do exame criminológico tem a finalidade exatamente de fornecer

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, Regimes penais e exame criminológico. Revista dos Tribunais. Vol. 638/1988, p. 267, Dez/1988.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2021.

elementos, dados, condições, subsídios, sobre a personalidade do condenado, examinando-o sob os aspectos mental, biológico e social, para concretizar a individualização da pena através dessa classificação dos apenados.¹⁷

Guilherme de Souza Nucci faz uma diferenciação entre o exame de classificação e o exame criminológico:

O primeiro é mais amplo e genérico, envolvendo aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa, entre outros fatores, aptos a evidenciar o modo pelo qual deve cumprir sua pena no estabelecimento penitenciário (regime fechado ou semiaberto). O segundo é mais específico, abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classificação, pois concede maior atenção à maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, grau de agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores detinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto é, sua tendência a voltar à vida criminosa.¹⁸

Tanto o exame de classificação como o exame criminológico surgem, então, como importantes instrumentos de acompanhamento da evolução dos condenados durante a execução, sendo essenciais para ponderar se as finalidades da pena estão de fato sendo alcançadas.

Em sua redação original, o parágrafo único do art. 112¹⁹ determinava a realização do exame criminológico para a concessão da progressão de regime quando necessário. O exame deveria ser realizado por Comissão Técnica de classificação do estabelecimento prisional que, conforme art. 7º da LEP, “será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.”²⁰

Contudo, essa redação foi alterada pela Lei nº 10.792/2003, que entrou em vigor em 2 de dezembro de 2003, e que, entre outras modificações, revogou o parágrafo único e, com ele, a menção ao exame criminológico, exigindo, como requisito subjetivo à progressão, apenas o “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”²¹.

Além disso, a mesma Lei também alterou o art. 6º da LEP, tirando a responsabilidade de acompanhar a execução das penas privativas de liberdade da Comissão Técnica de Classificação, que desde então fica responsável apenas pelo exame de classificação.

¹⁷ Ibid, p. 267.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1029.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 7.210/1984, art. 112, parágrafo único*: A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> . Acesso em: 02 abr. 2021.

²¹ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> . Acesso em: 02 jul. 2021.

Com a mudança, a avaliação do mérito do condenado durante a execução, que antes dependia de parecer de uma comissão especializada através do exame criminológico, passou a se dar mediante um simples atestado do diretor do estabelecimento comprovando o bom comportamento carcerário do apenado.

Conforme conclusão de Cleber Masson:

A maior falha da Lei nº 10.792/2003 foi transferir a prova do mérito ao diretor do estabelecimento prisional, pois em diversas ocasiões, especialmente em crimes de elevada gravidade, o atestado de boa conduta carcerária é insuficiente para assegurar o preparo do condenado para ingressar em regime mais brando.²²

Ademais, é certo que o bom comportamento carcerário é obrigação do preso, e não pode ser considerado como uma comprovação inequívoca de que está apto a cumprir sua reprimenda em regime menos rigoroso, tampouco retornar ao convívio social. Além disso, conferir ao diretor do estabelecimento da unidade prisional tamanha responsabilidade, ao invés de a uma comissão especializada, não parece atender ao que pretendia o legislador na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, correndo-se o risco de colocar em liberdade uma pessoa para a qual a terapêutica penal ainda não surtiu efeitos. Por isso mesmo, essa mudança na redação do art. 112 foi alvo de críticas, o que levou ao entendimento dos tribunais de que o juiz da execução poderia, sim, exigir a realização do exame criminológico a depender das particularidades do caso concreto.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 439, estabelecendo que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”²³. No mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.²⁴

Portanto, a orientação é de que a Lei nº 10.792/2003 não afastou a possibilidade de realização do exame criminológico para a avaliação do mérito do condenado, que, no entanto, deve ser motivada pelo magistrado.

Seguindo com a análise do artigo 112 antes das alterações da Lei Anticrime, enuncia

²² MASSON, op. cit., p. 485.

²³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula 439*. São Paulo, 28 de abril de 2010.

²⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Súmula 26*. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2009.

o §1º que “A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.”²⁵ O dispositivo nada mais faz do que afirmar a necessidade de prévia oitiva do Ministério Público e da Defesa antes de progredir o condenado, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sendo que o § 2º apenas acrescenta que “Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.”²⁶ Com o advento da Lei nº 13.964/2019, ambos os parágrafos, foram reunidos em um mesmo dispositivo, o § 2º.

3. A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS A LEI Nº 13.964/2019

Inicialmente, importante esclarecer o contexto em que tramitou o Projeto de Lei nº 6341/2019, que veio a ser aprovado posteriormente, dando origem à Lei nº 13.964/2019, e que alterou diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, além de algumas leis especiais, entre elas a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.702/90).

Naquele ano, o Governo Federal, através do Ministério da Justiça e Segurança Pública, veiculava uma ampla campanha publicitária, cujo slogan era “Pacote Anticrime. A lei tem que estar acima da impunidade”²⁷. Os principais alvos das alterações sugeridas eram o combate à corrupção, à criminalidade violenta e ao crime organizado, buscando-se, então, endurecer a resposta estatal à criminalidade, atendendo, assim, ao clamor público diante dos grandes escândalos de corrupção que surgiam já há alguns anos.

Com a finalidade de aperfeiçoar o sistema progressivo brasileiro, alterou-se mais uma vez o art. 112 da LEP, que passou a contar com novos prazos para o preenchimento do requisito objetivo, entre outras mudanças que serão devidamente analisadas.

Assim ficou a redação do art. 112 da LEP com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

²⁵ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁷ Governo Federal lança campanha publicitária do Pacote Anticrime. Gov.br, 03 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/governo-federal-lanca-campanha-publicitaria-do-pacote-anticrime>. Acesso em: 10 mar. 2023.

- I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
- VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
- a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
 - b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
 - c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
- VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
- VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.
- § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
- § 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.
- § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
- I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
 - II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
 - III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
 - IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
 - V - não ter integrado organização criminosa.
- § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.
- § 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.
- § 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.
- § 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.²⁸

A maior mudança, sem dúvida, diz respeito ao requisito objetivo para a progressão de regime, já que a nova redação do art. 112 diversificou os lapsos temporais que devem ser atingidos para que o condenado possa obter o benefício, agora dispostos em forma percentual e não mais em frações. Os lapsos variam de 16% a 70% e levam em consideração não só a

²⁸ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2021.

primariedade ou reincidência do apenado, mas também a gravidade objetiva do crime, se cometido com ou sem violência ou grave ameaça à pessoa, se hediondo, com ou sem resultado morte.

A despeito de os novos lapsos terem sido expressos em percentual, restou inalterada a situação das mulheres gestantes ou mães, ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, que, segundo o §3º, continuam precisando cumprir 1/8 da pena e preencher os demais requisitos cumulativamente para conquistar o direito à transferência ao regime mais brando.

Cumpra observar que a nova redação concentrou em um só dispositivo tanto os crimes comuns como os crimes hediondos ou equiparados, já que, além de trazer novas frações, a Lei nº 13.964/2019 revogou o §2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes Hediondos), que estabelecia os lapsos de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos).

No caso dos crimes comuns, onde antes havia apenas uma regra geral (cumprimento de ao menos 1/6 da pena), com os novos elementos incluídos pela Lei, sendo estes o emprego de violência e grave ameaça e, ainda, a primariedade ou reincidência do sentenciado, hoje há quatro novas regras.

Os incisos I e II trazem os lapsos de 16% (dezesseis por cento), que corresponde ao antigo lapso de 1/6 (um sexto), e 20% (vinte por cento), ambos para os condenados por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, sendo o primeiro para o caso de sentenciados primários e o segundo para reincidentes.

Já os incisos III e IV, tratam dos casos de condenados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa que, se primários, deverão cumprir o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de sua pena e, se reincidentes, 30% (trinta por cento).

No caso do inciso IV, há uma lacuna, já que a lei não determinou se a citada reincidência seria específica em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, ou se a simples reincidência genérica já ensejaria a necessidade do cumprimento de 30% da pena. Segundo esclarece Rogério Sanches Cunha:

...estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do *in dubio pro reo*. A fração deve ser a mesma do primário, levando-se em conta o crime pelo qual foi considerado reincidente: se violento, aplica-se a mesma fração do inciso III (25%); se não violento, a fração do inc. II (20%).²⁹

Com a nova sistemática, um sentenciado primário, condenado por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, precisará cumprir ao menos 16% (dezesseis por

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. 2ª.ed. Salvador: Editora Editora JusPodivm, 2021, p. 401.

cento) de sua pena para preencher o requisito objetivo à progressão, enquanto outro sentenciado, que também seja primário, mas condenado por crime cometido com violência ou ameaça à pessoa deverá cumprir um lapso bem maior, de 25% (vinte e cinco por cento). Assim, com o acréscimo do elemento da violência ou grave ameaça a lei exige o cumprimento de um lapso maior da pena para a obtenção da progressão.

Quanto aos lapsos estabelecidos nos incisos de V a VIII, esses serão vistos em tópico específico, quando da análise dos crimes hediondos.

Para melhor entender o impacto das mudanças acima descritas, imagine-se, como exemplo, que um reincidente condenado a uma pena de 5 (cinco) anos de reclusão por um crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, alcançaria o requisito objetivo para a progressão em 10 meses; já um condenado na mesma situação e à mesma pena, por crime cometido após a vigência da Lei Anticrime, deverá cumprir 1 (um) ano e 6 (seis) meses para atingir o lapso necessário à progressão.

Desse modo, a única situação que se mantém a mesma após as modificações é a que ocorre no caso do condenado primário por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Nos demais casos, houve um considerável agravamento da situação.

Importante destacar que, nos casos dos incisos II, III, IV, VI e VIII, que trazem os percentuais de 20%, 25%, 30%, 50% e 70%, respectivamente, ocorre o fenômeno da *novatio legis in pejus* e, por isso, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal³⁰, esses percentuais só serão aplicados aos crimes cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, o que ocorreu em 23 de janeiro 2020.

Já os percentuais de 16%, 40% e 60%, correspondem aos lapsos de 1/6, 2/5 e 3/5 previstos na redação anterior e, portanto, a situação dos condenados que se encaixam nesses casos continua inalterada.

Em relação ao requisito subjetivo nenhuma alteração foi feita pela Lei nº 13.964/2019, mantendo-se a não obrigatoriedade da realização do exame criminológico. A Lei permanece condicionando o preenchimento do requisito subjetivo apenas ao bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento.

Outro dispositivo introduzido pela Lei nº 13.964/2019, foi o §2º, que apenas fez concentrar em um só parágrafo o que antes vinha disposto em dois outros (§§ 1º e 2º da LEP com redação dada pela Lei nº 10.792/2003), garantindo, então, o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa nos pedidos de progressão de regime.

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art.5º, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Outro acréscimo feito pela Lei Anticrime foi o §5º, que veio a positivizar o entendimento já pacificado na jurisprudência de que o crime previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, o chamado “tráfico privilegiado”, não é considerado crime hediondo ou equiparado para fins de progressão. No *habeas corpus* nº 118533/MS³¹, o STF já havia afastado a hediondez do tipo penal.

Os §§ 6º e 7º, incluídos pela Lei nº 13.964/2019 demandam uma análise conjunta.

O §6º estabelece que o cometimento de falta grave durante a execução da pena interrompe o prazo para a obtenção da progressão, sendo que o reinício da contagem terá como base a pena remanescente. Essa interrupção na contagem do lapso já era um entendimento jurisprudencial consolidado na súmula 534³² do Superior Tribunal de Justiça e a determinação legal acabou por trazer mais segurança jurídica.

Já o §7º, em sua primeira parte, determina que ao cometer a falta disciplinar a que se refere o §6º o condenado irá recuperar seu bom comportamento, ou seja, irá se reabilitar após o prazo de 1 (um) ano. Antes da Lei Anticrime, não havia dispositivo que determinasse um prazo para a reabilitação.

Contudo, a segunda parte do mesmo parágrafo traz uma exceção ao prazo de 1 (um) ano, ao dizer que a reabilitação do condenado ocorrerá antes desse tempo caso o lapso necessário à progressão seja novamente alcançado. Essa exceção trouxe uma verdadeira “objetivação” de um requisito subjetivo, afinal, se o condenado readquire seu bom comportamento ao alcançar o lapso temporal para a progressão, o mérito fica condicionado a um simples decurso de tempo e não mais a sua conduta pessoal no cárcere.

Quando sancionada a Lei Anticrime, o referido parágrafo havia sido alvo de veto presidencial com as seguintes razões:

A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público, tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já pré-concebida pela Lei nº 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 118.533/MS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, 23 de junho de 2016.* Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 03 ago. 2021.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 534: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”. São Paulo, 10 de junho de 2015.

benesses aos custodiados.³³

O veto presidencial, que foi derrubado pelo Congresso Nacional no dia 19 de abril de 2021, tinha a intenção exatamente de evitar que o condenado pudesse ser considerado reabilitado apenas por haver decorrido o lapso mínimo necessário à progressão.

4. OS CRIMES HEDIONDOS

Com relação aos crimes hediondos, importante fazer algumas considerações antes de analisar propriamente as mudanças introduzidas pela Lei nº 13.964/2019.

Primeiramente, a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) previa que o condenado a crimes dessa natureza deveria cumprir sua pena integralmente em regime fechado, isto é, não existia a possibilidade de progressão de regime. Ocorre que, em 2006, no julgamento do HC nº 82.959/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por 6 votos a 5, a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, por ofensa aos princípios da individualização da pena, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Colhe-se do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio:

...ha de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas aqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei 8 072/90 e dentre elas não e dado encontrar a relativa a progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente a fiança a graça e a anistia para em inciso posterior (XLVI) assegurar de forma abrangente sem excepcionar esta ou aquela pratica delituosa a individualização da pena. Como então entender que o legislador ordinario o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou as ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se e possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa a menos que se coloque em plano secundario a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais conduzindo, por isso mesmo a ilação no sentido de que a contrario sensu, as demais ações ficam sujeitas a regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne a extensão pela Lei em comento do dispositivo atinente a clemência ao indulto quando a Carta em norma de exceção apenas rechaçou a anistia e a graça - inciso XLIII do artigo 5º.³⁴

Com isso, passou-se a permitir a progressão de regime também para os condenados por crimes hediondos, sendo que para preencher o requisito objetivo deveriam os apenados cumprir 1/6 (um sexto) da pena, já que esse lapso era a única previsão existente à época.

Diante desse novo cenário, o Congresso Nacional aprovou, em 2007, a Lei nº 11.464,

³³ BRASIL. *Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

³⁴ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 82.959-7-SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

que alterou a Lei nº 8.072/90, determinando, em seu art. 2º, §1º, que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”³⁵, dispositivo este vigente ainda hoje. E, no art. 2º, § 2º, estabeleceu que “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”³⁶

Contudo, sendo a regra uma *reformatio in pejus*, só se aplicava aos crimes cometidos após a vigência da Lei nº 11.464/2007, ou seja, os condenados por crimes hediondos, cometidos anteriormente à modificação continuaram tendo o direito a progredir após o cumprimento de 1/6 (um sexto) de suas penas.

Com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, o §2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 foi revogado, estabelecendo-se novos lapsos temporais para os crimes hediondos no próprio art. 112 da LEP. Assim surgiram os lapsos de 40%, 60%, 50% e 70%, conforme a redação dos incisos de V a VIII do referido artigo.

O inciso V prevê que o condenado a crime hediondo ou equiparado, se primário, deverá cumprir 40% (quarenta por cento) de sua pena, porcentagem que corresponde à fração de 2/5 (dois quintos) da redação anterior, permanecendo, então, inalterada a situação nesses casos.

Já no inciso VI, criou-se um novo lapso, de 50% (cinquenta por cento), que deve ser aplicado em três situações distintas: condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se primário (neste caso está vedado o livramento condicional); condenados por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; e condenados pela prática do crime de constituição de milícia privada.

O inciso VII, traz o lapso de 60% (sessenta por cento) para os casos de condenados a crimes hediondos ou equiparados, se reincidentes, que corresponde ao lapso de 3/5 (três quintos) existente na redação anterior.

Por fim, o inciso VIII traz o lapso de 70% (setenta por cento), que deverá ser aplicado aos casos de condenados reincidentes em crimes hediondos ou equiparados com

³⁵ BRASIL. *Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

³⁶ BRASIL. *Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

resultado morte, sendo também vedado o livramento condicional.

Nota-se que assim como no caso dos crimes comuns, para os quais a Lei utilizou o elemento violência e grave ameaça, no caso dos crimes hediondos utilizou-se também de um novo elemento para justificar a exigência do cumprimento de um lapso maior, qual seja, o resultado morte.

No entanto, a grande polêmica em relação aos lapsos para progressão no caso de crimes hediondos ou equiparados ficou por conta do inciso VII, que traz o lapso de 60% para os condenados reincidentes. Grande parte da jurisprudência entendia que a interpretação literal de sua redação levava a crer que o percentual deveria ser aplicado apenas aos reincidentes específicos em crimes dessa natureza, enquanto outra parte da jurisprudência entendia que o lapso deveria ser aplicado qualquer que fosse a reincidência, genérica ou específica.

Diante da grande controvérsia em torno da interpretação do referido inciso VII, instaurou-se um dissídio jurisprudencial por conta de decisões divergentes, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Os que entendiam que a reincidência seria a específica argumentavam que, diante da redação do inciso VII não usar o termo “específico”, não se poderia interpretar o dispositivo de forma a prejudicar o executado, e, então, o correto seria aplicar o lapso de 40%, que apesar de ser apenas para os primários, na lacuna legislativa seria a interpretação mais benéfica ao condenado.

Nesse sentido, por exemplo, decidiu, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo no seguinte agravo em execução:

Agravo em execução penal. Cálculos. Progressão de regime. Com a nova redação do artigo 112, inciso VII, da LEP, a exigência de lapso correspondente a 60% da pena para progressão de regime somente incide sobre o reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, ou seja, o reincidente específico. Agravante que cumpre pena por crime hediondo ou equiparado, mas cuja reincidência deriva de crime comum, aplicando-se o lapso de 40% previsto no inciso V do dispositivo. Necessidade de restabelecimento da progressão de regime anteriormente deferida. Recurso provido.³⁷

Por outro lado, parte da jurisprudência entendia que se a lei quisesse que o lapso de 60% fosse aplicado apenas aos reincidentes específicos, teria incluído a palavra “específico” em sua redação, e que esse fato somado à interpretação teleológica da Lei, cuja intenção maior era dar um tratamento mais grave a situações mais graves, deixava claro que o referido

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo em Execução nº 0005953-66.2020.8.26.0026*, Relator: *Diniz Fernando*, Agravante: *Alan Pierre de Oliveira*, Agravado: *Ministério Público do Estado de São Paulo*. Data de Julgamento: 23/11/2020, 1ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 23/11/2020.

lapso deveria ser aplicado independente do tipo de reincidência, e que o lapso de 40% deveria ser utilizado somente para os condenados primários, como expressamente diz o inciso V.

A exemplo, foi esse o entendimento da 15ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamento de caso semelhante ao julgado pela 1ª Câmara:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRETENDIDA A RETIFICAÇÃO DE DECISÃO SINGULAR A HOMOLOGAR CÁLCULO DE PENAS A CONSIDERAR LAPSO DE 3/5 OU 60% PARA A PROGRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENCIADO REINCIDENTE CONDENADO POR CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. NOVA REDAÇÃO DA LEP QUE NADA ALTEROU NA SITUAÇÃO DO REEDUCANDO, PORQUANTO NÃO EXIGE, TESTUALMENTE, REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DECISÃO MANTIDA. 1. Reeducando condenado por tráfico de entorpecentes, reconhecida sua condição de reincidente (por crime comum). Alegação de que a superveniente lei nº13.964/19, que alterou o artigo 112 da LEP, passou a exigir a presença de reincidência específica para a aplicação do lapso de 60% à progressão, pelo que, ausente previsão para o reincidente comum, tornar-se-ia imperiosa a aplicação do mesmo patamar aplicado aos não reincidentes, de 40%, por lhe ser mais benéfico. 2. A atual redação do inciso VII do artigo 112 da LEP, embora não prime pela melhor redação e, numa leitura desatenta possa levar ao entendimento esposado pela defesa, de que necessária a recidiva específica para sua aplicação, na verdade não o faz, dès que se fosse caso tal, traria a expressão “reincidência específica” ao invés de apenas “reincidência”. Agravo defensivo desprovido.³⁸

Ocorre que a divergência também existia entre as duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça.

A Sexta Turma tinha o entendimento de que o lapso de 60% deveria ser aplicado apenas aos casos de reincidentes específicos, fazendo-se, então, uma analogia *in bonam partem* diante da lacuna legislativa com a aplicação do mesmo percentual reservado aos condenados primários também aos reincidentes genéricos. Assim decidiu o Ministro Rogério Schietti Cruz, relator do *habeas corpus* nº 624.183/SP:

...dado que a lei não dispõe sobre o lapso de progressão para condenado pela prática de crime hediondo e reincidente genérico, é necessário suprir a lacuna legal, o que se dá por meio da aplicação do patamar referente ao condenado primário, já que o percentual de 50% se destina aos delitos hediondos que resultam em morte da vítima, diferentemente dos autos, que tratam de tráfico de drogas, além do fato de o patamar de 60%, como já apontado pela defesa, fazer referência apenas aos reincidentes específicos, situação também diversa da apresentada.³⁹

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo em Execução: 0005431-39.2020.8.26.0026*. Relator: Gilda Alves Barbosa Diodatti, Agravante: Claudinei da Silva Pereira, Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo, Data de Julgamento: 30/11/2020, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/11/2020.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas Corpus nº 624.183-SP*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Agravante: Ministério Público Federal, Agravado: Velaurindo de Paula Lima, Brasília (DF), 24 de novembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002954270&dt_publicacao=02/12/2020. Acesso em: 17 jul. 2021.

Ao julgar o *habeas corpus* nº 601.710/SP⁴⁰, em 15 de setembro de 2020, a Quinta Turma entendeu que o lapso de 60% deveria ser aplicado independente do tipo de reincidência. Em seu voto, o relator, Ministro Felix Fischer, entendeu que a condição de reincidente deveria ser aplicada na totalidade do somatório das penas.

Entretanto, em 9 de dezembro de 2020, ao julgar o agravo regimental no *habeas corpus* nº 616.267-SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça mudou sua orientação, seguindo o entendimento adotado pela Sexta Turma. No caso concreto, o paciente havia sido condenado por tráfico de drogas e possuía condenação anterior por um crime comum, portanto, reincidente genérico, então, entendeu o Ministro Reynaldo Soares que aplicar o percentual de 60% para o caso seria fazer uma interpretação extensiva para prejudicar o réu, o que, por óbvio, não é permitido em Direito Penal. Com base nos princípios da legalidade, retroatividade benéfica e *in dubio pro reo*, o Ministro relator mudou seu próprio entendimento anterior, e explicou em seu voto:

A interpretação extensiva em sentido amplo abrange a interpretação extensiva em sentido estrito e a interpretação analógica. A analogia é forma de integração de lacuna (quando não há na lei previsão sobre uma hipótese concreta). São pressupostos da analogia: certeza de que sua aplicação será favorável ao réu; existência de uma efetiva lacuna a ser preenchida.⁴¹

Assim, com a uniformização dos entendimentos das duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, sedimentou-se a orientação no sentido de que apenas os reincidentes específicos necessitam cumprir o percentual disposto no inciso VI, do art. 112, da LEP. Caso seja reincidente genérico, ao apenado deverá ser aplicada a porcentagem de 40%, mesma utilizada no caso de primários.

Ainda sobre a controvérsia, em recente decisão no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1327963⁴², o Supremo Tribunal Federal ratificou a posição do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o caso de um condenado por tráfico de drogas que já havia cumprido pena

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 601.710-SP*. Relator: Ministro Felix Fischer, Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Paciente: Washington Cesar do Amaral Ferreira, Brasília (DF), 15 de setembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001905579&dt_publicacao=22/09/20. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas Corpus nº 616.267-SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Agravante: Mauricio Carvalho Cavalcante, Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasília (DF), 09 de dezembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1992835&num_registro=202002557696&data=20201215&peticao_numero=202000780635&formato=PDF. Acesso em: 17 jul. 2021.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1327963*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Recorrente: Ministério Público Federal, Recorrido: Alexandre Justino Ferreira da Silva, Brasília (DF), 17 de setembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6180884>. Acesso em: 29 set. 2021.

por furto, determinando, estabelecendo o cumprimento da fração de 40% para sua progressão. Em seu voto, o relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que houve omissão legislativa e, na falta de previsão legal, deve-se fazer a interpretação mais benéfica ao réu.

Nesse mesmo julgamento, foi fixada tese de repercussão geral (tema 1169), que diz:

Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (artigo 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no artigo 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inciso VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia in bonam partem, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico.⁴³

Lembrando que, em todos os casos, haverá sempre a necessidade da comprovação também do requisito subjetivo, ficando a progressão de regime sujeita à análise deste juntamente com o requisito objetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho procurou-se comparar a redação do art. 112 da LEP antes e depois das alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, com a finalidade de entender se tais modificações de fato colaboram para uma maior efetividade na individualização da pena e para alcançar o ideal de justiça.

Pôde-se constatar que, em vários trechos, a redação deixou lacunas que até o presente momento ainda geram divergências de interpretação, entre elas a questão referente à reincidência em crimes hediondos e equiparados, que poderia ter sido resolvida com um pouco mais de atenção do legislador.

Outro ponto importante que acabou permanecendo inalterado com a mudança legislativa foi a análise do mérito do condenado, já que o “bom comportamento carcerário” citado pela lei implica em mero dever do preso, e não é suficiente para avaliar se o condenado está apto para progredir ao regime mais brando, e tampouco, se os fins da pena estão sendo alcançados. Nesse mesmo sentido, há uma grande contradição no fato de a lei condicionar o bom comportamento do condenado ao lapso temporal exigido para a progressão no caso do cometimento de faltas disciplinares de natureza grave, analisando, assim, um requisito subjetivo através de um critério objetivo.

Contudo, a mudança mais significativa, por óbvio, foi a ampliação do rol de lapsos temporais para que se obtenha o requisito objetivo para a progressão de regime, que hoje

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1169: “*Progressão de regime de pessoas condenadas por crime hediondo sem resultado morte, reincidentes não específicos, ante a publicação da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*”. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília (DF), 17 de setembro de 2021.

conta com novos parâmetros de avaliação, fugindo da regra geral do lapso de 1/6 (um sexto) para os crimes comuns, e dos lapsos de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) que eram previstos na Lei nº 8.072/90 para os crimes hediondos.

Hoje a Lei conta com um escalonamento de porcentagens que leva em consideração não apenas a natureza do crime, mas também a primariedade e a reincidência do condenado, bem como elementos do próprio fato delituoso, como a violência ou grave ameaça à pessoa, nos crimes comuns, e o resultado morte nos crimes hediondos.

Não havia proporcionalidade alguma em um condenado por um crime violento, como um roubo, preencher o requisito objetivo para progredir de regime com o cumprimento da mesma fração de pena que um condenado por furto simples. Ou então, um sentenciado por roubo, primário, alcançar o requisito com a mesma parcela que um reincidente no mesmo crime, para quem, obviamente, a pena não atingiu suas finalidades.

Portanto, conclui-se que apesar dos vários problemas apontados, sobretudo causados pela falta de cuidado com a redação, ao acrescentar novos elementos para a avaliação do tempo mínimo de cumprimento de pena para a progressão de regime a lei muito contribuiu para que o sistema progressivo brasileiro seja mais justo e equilibrado, concorrendo para uma maior efetividade na individualização da pena e, conseqüentemente, aproximando-se um pouco mais do ideal de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Regimes penais e exame criminológico. *Revista dos Tribunais*. Vol. 638/1988, p. 267, Dez/1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

BUCH, João Marcos. O pacote anticrime e a nova regra para progressão de regime a partir da falta grave – um avanço. *Migalhas*, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345437/o-pacote-anticrime-e-a-nova-regra-para-progressao-de-regime>. Acesso em: 04 ago. 2021.

Câmara dos deputados aprova pacote anticrime. *Migalhas*, 05 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/316498/camara-dos-deputados-aprova-pacote-anticrime>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CORREIA, Martina. *Execução penal em tabelas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: lei 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. *Direito penal 1: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619849>. Acesso em 26 jul. 2021.

MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal anotada*. 6ª. ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º a 120)*. 13ª. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Cálculo: progressão de regime*. Disponível em:
<https://criminal.mppr.mp.br/pagina-1307.html#>. Acesso em: 08 ago. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 35. ed., rev., atual. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597028102>. Acesso em: 25 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Saulo Dutra de. O pacote de reformas penais (anticrime): reafirmação do fim do exame criminológico. *Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/saulo-oliveira-reafirmacao-fim-exame-criminologico>. Acesso em: 23 jul. 2021.

Governo Federal lança campanha publicitária do Pacote Anticrime. *Gov.br*, 03 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/governo-federal-lanca-campanha-publicitaria-do-pacote-anticrime>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada; GIAMBERARDINO, André. Análise e consequências da derrubada do veto ao artigo 112, §7º, da LEP. *Consultor Jurídico*, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-30/opiniao-analise-derrubada-veto-artigo-112-lep>. Acesso em: 04 ago. 2021.

VITAL, Danilo. Reincidência para progressão de pena em crime hediondo é específica, diz STJ. *Consultor Jurídico*, 11 de dezembro de 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-dez-11/reincidencia-progressao-crime-hediondo-especifica-stj>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

_____. *Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

_____. *Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. *Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11464.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

_____. *Lei n.º 13.769, de 19 de dezembro de 2018*. Altera o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

_____. *Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

_____. *Mensagem n.º 726, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus n.º 301.481-SP*. Relator Ministro Ericson Marinho, Brasília, 02 de junho de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402012801&dt_publicacao=11/06/2015. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus n.º 118.533-MS*. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 03 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1327963*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 17 de setembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6180884>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus n.º 82.959-SP*. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 03 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas-corpus nº 624.183-SP*. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Brasília, 24 de novembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002954270&dt_publicacao=02/12/2020. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus nº 601.710-SP*. Relator Ministro Felix Fischer, Brasília, 15 de setembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001905579&dt_publicacao=22/09/2020. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas-corpus nº 616.267-SP*. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 09 de dezembro de 2020, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1992835&num_registro=202002557696&data=20201215&peticao_numero=202000780635&formato=PDF. Acesso em: 17 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Pacote anticrime: a interpretação do STJ no primeiro ano de vigência da nova lei*. STJ, 07 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07022021-Pacote-Anticrime-a-interpretacao-do-STJ-no-primeiro-ano-de-vigencia-da-nova-lei.aspx>. Acesso em: 03 jul. 2021.

AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUA EFETIVIDADE NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA

RESTRICTIVE RIGHTS PENALTIES AND THEIR EFFECTIVENESS IN PROMOTING JUSTICE

BEATRIZ CAROLINA RODOLFO DA MATA MONTEIRO¹

RESUMO: O presente artigo investiga a matéria acerca das penas restritivas de direitos, explanando sua origem, disposição legal, espécies, requisitos e regras, além das controvérsias e críticas acerca de sua aplicação. A problemática enfrentada pela pesquisa é compreender se, as penas restritivas de direitos, como alternativas à prisão, promovem justiça efetivamente. Conclui que as penas restritivas de direitos, como alternativas ao encarceramento de curto período, são eficazes, entretanto, se faz necessário o aperfeiçoamento de sua aplicação para que suas espécies sejam, definitivamente, efetivas na promoção da Justiça. A pesquisa foi realizada pela técnica da pesquisa bibliográfica, de julgados e legislação, buscando abarcar todos os elementos essenciais para se atingir a conclusão.

Palavras-chave: Penas restritivas de direitos; Penas alternativas; Desencarceramento; Efetividade; Direito penal.

ABSTRACT: This article investigates the matter about penalties that restrict rights, explaining their origin, legal provision, species, requirements and rules, in addition to the controversies and criticisms about their application. The problem faced by the research is to understand if the sentences that restrict rights, as alternatives to prison, effectively promote justice. It concludes that the penalties restricting rights, as alternatives to short-term imprisonment, are effective, however, it is necessary to improve their application so that their species are definitively effective in promoting Justice. The research was carried out using the technique of bibliographical research, judgments and legislation, seeking to cover all the essential elements to reach the conclusion.

Keywords: Rights-restrictive penalties; Alternative penalties; Extrication; Effectiveness; Criminal law.

INTRODUÇÃO

As penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro suscitam discussões na sociedade, sobretudo no que diz respeito a sua eficácia para a repressão do mal cometido, a segurança da população e a ressocialização do apenado. Portanto, não seria incontroversa a questão relativa à aplicação das penas restritivas de direitos, que, por sua essência e seu caráter alternativo à restrição da liberdade, têm por vezes sua efetividade questionada.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Artigo elaborado sob orientação do Prof. José Francisco Cagliari, publicado após aprovação do Trabalho de Curso.

A origem das penas restritivas de direitos está relacionada aos reveses do encarceramento e demais prejuízos decorrentes da privação da liberdade, como explica Cezar Roberto Bitencourt:

As penas alternativas à privativa de liberdade são tidas como sanções modernas, pois os próprios reformadores, como Beccaria, Howard e Bentham, não as conheceram. Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve seu início com a luta de Von Liszt contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados.²

Assim, em substituição às penas privativas de liberdade de curto período, países como Rússia (1926 e 1960), Inglaterra (1948), Alemanha (1953) e Bélgica (1963), instituíram suas primeiras penas alternativas, influenciando inúmeros países, dentre os quais o Brasil, que previu a aplicação das penas restritivas de direitos na Parte Geral do Código Penal com a Lei nº 7.209, de 1984, ampliando suas espécies posteriormente pela Lei nº 9.714, de 1998.

Diante de tal inovação, apesar das vantagens e avanços evidentes, as controvérsias inerentes à restrição de direitos como medida de punição e recuperação, são inevitáveis. Substituir a privação da liberdade para os autores de infrações de menor ofensividade por restrições de certos direitos pode parecer questionável em determinadas situações, sobretudo no tocante à eficiência da pena alternativa aplicada. Ademais, são inúmeras as críticas à (des)estruturação tanto da legislação quanto do Estado, para a viabilidade da aplicação das penas alternativas. Relevante, portanto, que tais questões sejam analisadas, sobretudo com vistas à compreensão das penas restritivas de direitos e a sua efetividade na promoção da Justiça.

1. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Como alternativas ao encarceramento de curto período e suas consequências nefastas ao condenado, nas hipóteses em que o infrator e a infração se enquadrem nos requisitos expressos em lei, serão aplicadas as penas restritivas de direitos, nos moldes dos artigos 43 e seguintes do Código Penal.

Portanto, conceitualmente, as penas restritivas de direitos são alternativas às penas privativas de liberdade, de modo a promover a recuperação do infrator através da restrição de seus direitos. Conforme define Guilherme de Souza Nucci:

São penas alternativas às privativas de liberdade, expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, v. 1: parte geral* (Arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo Saraiva Jur, 2021. p. 319. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555590333>. Acesso em: 10 jun. 2021.

infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação por meio de restrições a certos direitos.³

Com relação à sua natureza jurídica, denota-se que as sanções previstas no artigo 43 do Código Penal são efetivamente penas, de modo que algumas delas foram assim definidas no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. Ademais, tais sanções possuem características marcantes de autonomia, substitutividade e precariedade, conforme dispõem os artigos 44 e 54 do Código Penal. São *autônomas*, uma vez que não podem ser cumuladas com a pena prisional; *substitutivas* porque tomam o lugar da pena privativa de liberdade inicialmente aplicada; e *precárias* em razão de admitirem a reaplicação da pena prisional substituída.⁴

Uma exceção à característica da substitutividade, entretanto, é o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que define o crime de posse de drogas para uso pessoal, uma vez que tal dispositivo cominou a aplicação imediata de penas restritivas de direitos, de maneira que não há que se falar em substituição à pena privativa de liberdade.

Por sua vez, como exceção à característica da autonomia, a Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), prevê penas privativas de liberdade e restritivas de direitos cumulativamente em diversos delitos, como nos artigos 302, 303, 306, 307 e 308. Ademais, assegurou, em seu artigo 292, que “a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades”.

Portanto, as penas restritivas de direitos, como sanção autônoma, substitutiva e precária, evitam o encarceramento de criminosos condenados por infrações penais de menor gravidade, substituindo a privação de sua liberdade pela restrição de alguns de seus direitos, que serão determinados a depender da espécie de pena alternativa aplicada.

2. ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As espécies de penas alternativas estão elencadas no artigo 43 do Código Penal, o qual prevê que as penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. rev., atual Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 629. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530993658>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v.1. p. RB-23.2. Livro Digital. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/174115796/v2>. Acesso em: 10 jun. 2021.

e valores; III - (vetado); IV - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; e VI - limitação de fim de semana.

Em que pese a nomenclatura adotada, observa-se da leitura do dispositivo que a interdição temporária de direitos, prevista no inciso V, é a única que expressa verdadeiramente o caráter previsto pelo legislador, tendo em vista que as demais medidas, embora alternativas, não restringem direitos efetivamente. Portanto, conforme leciona Damásio de Jesus:

Nem todas as penas previstas no art. 43 do CP são restritivas de direitos, como é o caso da perda de bens e valores, multa, prestação pecuniária e pena inominada. A prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana são restritivas da liberdade do condenado. Além disso, o arresto (limitação de fim de semana) pode ser considerado forma de cumprimento da pena privativa de liberdade e não uma alternativa. Melhor seria que o nomen juris do art. 43 do CP fosse “penas alternativas”.⁵

Desta forma, as penas alternativas previstas nos incisos I e II, assim como a multa substitutiva (art. 44, §2º) e a prestação inominada (art. 45, §2º), são de natureza patrimonial, enquanto as medidas previstas nos incisos IV e VI, detêm natureza de penas privativas de liberdade. Por sua vez, o inciso III, que previa a pena de recolhimento domiciliar, foi vetado pelo Presidente da República, sob a alegação da impossibilidade de sua fiscalização. Ressalta-se, entretanto, que tal medida já era prevista pela Lei 9.605/98, (artigos 8º, inciso V, e 13), que trata dos crimes contra o meio ambiente, (anterior à Lei nº 9.714/98), e foi sancionada sem vetos.

Por fim, também ensina Cleber Masson⁶ que as penas restritivas de direitos podem ser genéricas ou específicas. Assim, são genéricas ou gerais, quando substituem as penas privativas de liberdade em qualquer crime, desde que presentes os requisitos legais. São elas: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a proibição de frequentar determinados lugares e a limitação de fim de semana. De outro lado, as penas restritivas de direitos específicas, ou especiais, substituem as penas privativas de liberdade em decorrência de crimes determinados, aplicando-se, então, as interdições temporárias de direitos, previstas no artigo 47, incisos I, II e III, do Código Penal, ressalvadas a proibição de frequentar determinados lugares e a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (artigo 47, incisos IV e V, do CP).

⁵ JESUS, Damásio de. *Direito penal 1: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 554. Livro Digital. ISBN 9788553619849. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619849>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁶ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Metodo, 2021. v. 1. p. 636.

Destarte, diante das peculiaridades mencionadas, evidencia-se que as modalidades de penas restritivas de direitos guardam suas características e especificidades, tornando conveniente, portanto, a análise individual de cada uma das espécies de pena alternativa.

2.1. Prestação pecuniária

Introduzida pela Lei 9.714/98, a prestação pecuniária é espécie de pena restritiva de direitos disciplinada pelo artigo 45, §§ 1º e 2º, do Código Penal, que, conforme dispõe: consiste no pagamento de dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. Ademais, preceitua o §2º que, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Portanto, para a prestação pecuniária, o juiz fixará quantia determinada, que será destinada conforme a relação preferencial contida no dispositivo, ou seja, os dependentes somente serão destinatários na ausência da vítima e as entidades somente na falta destes dois, ou quando não houver dano a ser reparado. Portanto, uma vez que o Código não abarcou os sucessores nesta relação, a menos que estes sejam dependentes da vítima, estão excluídos da reparação. Ademais, para a identificação dos dependentes, entende Cleber Masson que deve ser utilizada analogicamente a relação contida no artigo 16, da Lei 8.213/91 (que estabelece o rol de dependentes para os fins de benefícios previdenciários)⁷.

Conforme dispõe a parte final do §1º, do artigo 45, do Código Penal, a prestação pecuniária guarda o caráter de indenização civil antecipada, uma vez que, havendo condenação em ação de reparação civil, o valor pago deverá ser descontado, se coincidentes os beneficiários, de modo a impedir o enriquecimento ilícito do ofendido ou de seus dependentes. Por conseguinte, conforme entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

A despeito do texto legal, coerente com a análise que estamos fazendo, acreditamos ser possível estender a possibilidade da dedução prevista na segunda parte do § 1º do art. 45 em exame às conciliações, devidamente homologadas, em ações de reparação civil, qualquer que seja o rito processual. Dessa forma, admitimos a possibilidade de aplicar a referida “dedução” no âmbito dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95). Assim, será possível compensar o montante da pena de prestação pecuniária — decorrente de transação penal (art. 76 ou 79) ou de condenação na audiência de instrução e julgamento (art. 81) — com eventual composição cível (art. 74), todos processados no Juizado Especial Criminal. Mas esse processamento somente poderá ocorrer em ação penal pública incondicionada, na medida em que a composição cível extingue a punibilidade nas ações de iniciativa privada ou pública

⁷ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Metodo, 2021. v. 1. p. 637.

condicionada à representação, não havendo, conseqüentemente, sanção penal de qualquer natureza.⁸

No mesmo sentido se manifesta Cleber Masson, que considera possível estender a dedução do valor pago à título de prestação pecuniária em relação às conciliações, homologadas em juízo, em ações cíveis indenizatórias, como o cabimento do desconto no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, tanto na composição dos danos civis, como na transação penal.⁹

Em contrapartida, diante do caráter de indenização civil antecipada, a prestação pecuniária em favor da vítima ou de seus dependentes, também configura situação de despenalização do fato, uma vez que, deduzido o valor da prestação pecuniária da posterior condenação civil, o infrator, na realidade, está apenas reparando o dano causado pelo crime, de modo que sua conduta criminosa é efetivamente despenalizada.

Ainda, como sanção penal, a prestação pecuniária reveste caráter unilateral, impositivo e cogente, de maneira que independe da aceitação do favorecido, que somente será necessária na hipótese de prestação de outra natureza, prevista no artigo 45, §2º, do Código Penal.

Tal previsão legal, porém, desperta controvérsias, pois, ao indicar que mediante aceitação do beneficiário a prestação pode ser de natureza diversa do pagamento em dinheiro, argumenta-se que o artigo 42, §2º, do Código Penal, prevê pena indeterminada, ferindo o princípio da legalidade. Todavia, conforme explica Damásio de Jesus:

“O CP, ao impor como pena a “prestação de outra natureza”, comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto. Assim agindo, o legislador trouxe incerteza ao aplicador da lei, ensejando dúvida a respeito do verdadeiro conteúdo da resposta penal. O dispositivo, contudo, encontra-se em consonância com as Regras de Tóquio, que recomendam ao juiz, depois de arrolar dezesseis medidas penais alternativas (non--custodial measures), a aplicação, se necessário e conveniente, de “qualquer outra medida que não envolva detenção pessoal”. Medida liberal, corresponde, entretanto, ao ideal de justiça, pela qual ao juiz, nas infrações de menor gravidade lesiva cometidas por acusados não perigosos, atribuir-se-ia o poder de aplicar qualquer pena, respeitados os princípios da segurança social e da dignidade, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinquente”.¹⁰

Conforme a Exposição de Motivos da Lei 9.714/1998, incluem-se nessas hipóteses a entrega de cestas básicas e o fornecimento de mão de obra, com exceção, nos termos da Lei

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, v. 1: parte geral* (Arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 329. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555590333>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁹ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Metodo, 2021. v. 1. p. 637.

¹⁰ JESUS, Damásio de. *Direito penal 1: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 562. Livro Digital. ISBN 9788553619849. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619849>. Acesso em: 10 jun. 2021.

nº 11.340/2006 (art. 17), da substituição da pena de prestação pecuniária ou entrega de cestas básicas nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

2.2. Perda de bens e valores

Trata-se de espécie de pena restritiva de direitos consistente na perda de bens e valores pertencentes ao patrimônio lícito do condenado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, cujo valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento econômico obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime (artigo 45, §3º, do Código Penal). Portanto, conforme se depreende da redação do dispositivo, a retirada de bens e valores do patrimônio lícito do condenado somente se aplica em decorrência da prática de *crime*, pois, como observa Cleber Masson, “... o seu valor leva em conta o prejuízo causado ao ofendido ou a vantagem auferida pelo condenado ou por terceiro em decorrência do seu cometimento. Não pode ser utilizada, destarte, para contravenções penais”.¹¹

O caráter confiscatório desta espécie de pena é evidente e também legítimo, uma vez que encontra respaldo na Constituição Federal (art. 5º, XLVI, “b”), importando na retirada de bens do patrimônio lícito do indivíduo sem qualquer tipo de indenização. Todavia, esta medida alternativa não se confunde com o confisco como efeito da condenação, porquanto este incide sobre os instrumentos ou produtos do crime, de caráter ilícito.

2.3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, conforme disposição legal, “consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que dar-se-ão em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais e é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade” (artigo 46, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Código Penal).

As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado (art. 46, §3º, CP), vedada a aplicação de atividade cruel, ociosa, vexatória ou humilhante. Do mesmo modo, é vedada a imposição de prestação de serviços em igrejas ou templos religiosos, em observância ao caráter laico do Estado. Ainda, conforme ensina Rogério Greco:

“com a nova redação dada pela Lei n.º 9.714/98, o § 3º do art. 46 do Código Penal revogou tacitamente o § 1º do art. 149 da LEP, devendo o condenado, agora, conforme suas aptidões, cumprir as tarefas a que se refere o § 1º do art. 46 do

¹¹ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Methodo, 2021. v. 1. p. 639/640.

Código Penal à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho”.¹²

Entretanto, de acordo com o disposto no artigo 46, §4º, do CP, se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. Desta forma, conferindo tratamento mais benéfico ao condenado por pena mais alta, em flagrante injustiça, necessário que se permita a antecipação do cumprimento também aos condenados a pena inferior a um ano, por analogia *in bonam partem*.

Relativamente à execução da prestação de serviços à comunidade, conforme dispõe o artigo 149, §2º da Lei de Execução Penal, tem início a partir da data do primeiro comparecimento do condenado à entidade beneficiada, cabendo ao juiz da execução, nos termos do artigo 149, *caput*, da referida lei, *I – designar a entidade ou o programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; II – determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena, III – alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho*. Por fim, a entidade beneficiada encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar (LEP, art. 150).

A legislação especial prevê, ainda, hipóteses nas quais o local e a forma da prestação de serviços serão específicas, de acordo com o delito praticado, conforme se verifica no artigo 312-A da Lei nº 9.503/97 (CTB); artigos 9º e 23 da Lei nº 9.605/98 (Crimes ambientais); e artigo 28, §5º, da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

2.4. Interdição temporária de direitos

As penas de interdição temporária de direitos estão previstas no artigo 47 do Código Penal, e, conforme observa Cezar Roberto Bitencourt:¹³

“Das modalidades alternativas esta é, sem dúvida nenhuma, a que maior impacto causa na população que recebe, com certo gosto, a efetividade da Justiça Penal. E, ao mesmo tempo, pela gravidade das consequências financeiras que produz, é de grande potencial preventivo geral, inibindo abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais, próprios de cada atividade”.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v.1. p. 641.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, v. 1: parte geral* (Arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 335. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555590333>. Acesso em: 10 jun. 2021.

Tais características, entretanto, são criticadas por alguns autores, como Guilherme Nucci¹⁴, para quem não há qualquer utilidade em se proibir o condenado de exercer uma atividade lícita, sendo contrário à proibição de exercício profissional de qualquer espécie.

Conforme sugere seu nome, essas penas restritivas de direitos são temporárias, o que significa que após o cumprimento da pena, encerra-se a restrição do exercício do direito, cuja duração será a mesma da pena privativa de liberdade substituída (art. 55, CP).

A primeira pena de interdição temporária de direitos, prevista no inciso I, do artigo 47, do CP, é a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. É uma pena restritiva de direitos específica, tendo em vista o disposto no artigo 56, do CP, que prevê sua aplicação para todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes. Ademais, embora se refira às condutas praticadas por funcionários públicos, sua aplicação é possível mesmo que decorrente de um crime comum, desde que viole os deveres funcionais do agente, não sendo necessário que o crime tenha sido praticado contra a Administração Pública. Por fim, em razão de seu caráter temporário, essa pena não se confunde com a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, que é efeito específico da condenação, definido pelo artigo 92, I, do CP.

A proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, prevista no inciso II, diz respeito à esfera privada de atuação do condenado, embora dependa do aval do poder público. Portanto, também é pena restritiva de direitos específica, aplicável exclusivamente nas hipóteses do artigo 56, do CP. O condenado fica impedido de exercer a profissão, ofício ou atividade pelo tempo da pena, ainda que legalmente habilitado para tanto.

O inciso III, que prevê a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, somente se aplica aos crimes culposos de trânsito (art. 57, CP), e, por conseguinte, tendo em vista que a matéria foi integralmente regulada pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n° 9.503/97), esse dispositivo foi tacitamente revogado.

A proibição de frequentar determinados lugares, prevista no inciso IV, conforme ensina Cleber Masson,¹⁵ “é, na verdade, uma restrição da liberdade, pois o condenado é atingido diretamente em sua liberdade de locomoção. Além disso, a proibição de frequentar

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. rev., atual Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 643. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530993658>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹⁵ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Metodo, 2021. v. 1. p. 646.

determinados lugares é também uma condição do *sursis* especial (CP, art. 78, §2º, “a”)¹⁷⁶ Diante da omissão do legislador quanto à especificação dos lugares proibidos ao condenado, tal se faz necessária pela prudência do juiz em indicá-los na sentença.

A proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos, prevista no inciso V, foi introduzida pela Lei nº 12.550/2011. Embora relacionada com o delito previsto no artigo 311-A, do CP (fraudes em certames de interesse público), também instituído pela referida Lei, essa pena restritiva de direitos é genérica, de modo que não há óbice quanto a sua aplicação aos condenados em geral, contanto que as circunstâncias do fato e as características do agente demonstrem a adequação da medida, como se verifica nos crimes de falsidade e crimes contra a Administração Pública.

2.5. Limitação de fim de semana

Trata-se de espécie de pena restritiva de direitos prevista no artigo 48, do Código Penal, que consiste na obrigação de o condenado permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou estabelecimento adequado, de maneira a evitar o afastamento do apenado de suas obrigações e convívio social, além dos reveses do encarceramento. Sua execução está disciplinada nos artigos 151 a 153 da Lei de Execuções Penais.

Contudo, diante da falta de infraestrutura e pessoal especializado, conforme as regras definidas nos artigos 94 e 95 da Lei de Execução Penal, essa pena restritiva de direitos tem sua aplicação prejudicada, de maneira que, na prática, é substituída por outra alternativa.

3. REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos estão elencados no artigo 44, incisos I a III, do Código Penal. Tais requisitos são cumulativos, portanto, é necessário que todos estejam presentes para que se possa realizar a substituição, e, conforme se verifica da leitura do referido dispositivo legal, são de ordem objetiva e subjetiva.

Relativamente aos requisitos objetivos, deve ser observada a *quantidade de pena aplicada*, que não poderá ser superior a quatro anos quando o crime for doloso, não havendo limite quantitativo para os crimes culposos. Importante ressaltar que a pena a ser observada não é aquela cominada ao delito, mas sim a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada pelo magistrado no caso concreto.

Uma exceção à substituição, quanto aos crimes culposos, é o artigo 312-B, do Código de Trânsito Brasileiro, introduzido pela Lei nº 14.071/2020, que veda expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa de trânsito, nos casos em que o agente conduzir o veículo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que cause dependência. Trata-se, portanto, de uma regra especial, visto que, de maneira geral, os crimes culposos admitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos independentemente da quantidade da pena aplicada.

Ainda quanto aos requisitos objetivos, a *natureza do crime* também deve ser observada, uma vez que, sendo o crime doloso, deve ter sido cometido *sem violência ou grave ameaça à pessoa*. Quanto a este requisito, porém, surgem algumas questões tormentosas, como a da violência imprópria, na qual o agente reduz a possibilidade de resistência da vítima por outro meio, que não o da violência física. O entendimento majoritário da doutrina é de que a violência imprópria também impede a substituição, sendo forma de violência presumida. Em sentido contrário se posiciona Júlio Fabbrini Mirabete, que admite, em tese, o benefício no crime de roubo executado com emprego de narcótico.¹⁶

A substituição com relação às infrações de menor potencial ofensivo também suscita discussões, sobretudo quanto aos delitos praticados com emprego de violência, tais como os crimes de lesão corporal leve, constrangimento ilegal e ameaça. O entendimento majoritário é no sentido de que seja concedido o benefício nesses casos, pois, conforme explica Fernando Capez:

“Embora cometidos com violência ou ameaça, admitem a substituição por pena alternativa, pois se trata de infrações de menor potencial ofensivo, as quais comportam transação penal e imposição consensual de pena não privativa de liberdade. Assim, se, antes mesmo de instaurada a relação processual, tais infrações penais beneficiam-se de medidas penais alternativas, não há razão para impedi-las na sentença final, quando transcorrido todo o processo. Não se aplica, portanto, o requisito da não violência ou da ausência de grave ameaça, sendo possível a imposição de pena alternativa”.¹⁷

Em contrapartida, há quem entenda que o benefício não deveria ser aplicado nesses casos, de maneira que, havendo condenação, poderia o juiz conceder o *sursis* ou fixar o regime aberto para o cumprimento. Neste sentido, sustenta Guilherme Nucci que “não cabe ao

¹⁶ FABBRINI, Renato N. (coautor). *Manual de direito penal*, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 35. ed. rev., atual São Paulo: Atlas, 2021. p. 294. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788597028102. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597028102>. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral, arts. 1º ao 120. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 547. Livro Digital. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619184>. Acesso em: 10 jun. 2021.

juiz estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração”¹⁸.

Por fim, privilegiam-se quanto a sua natureza, os crimes culposos, uma vez que, para estes, a substituição da pena privativa de liberdade é permitida independentemente da quantidade da pena aplicada, ainda que cometidos com violência contra a pessoa.

Com relação aos requisitos subjetivos, estabelece o inciso II, do artigo 44, do Código Penal, que a substituição poderá ocorrer quando o réu *não for reincidente em crime doloso*. Contudo, em exceção à esta regra, dispõe o §3º, do referido artigo, que, mesmo sendo o condenado reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que a medida seja socialmente recomendável e que o condenado não seja reincidente específico, ou seja, desde que a condenação não tenha se dado pela prática de crime da mesma espécie, previsto no mesmo tipo penal, em qualquer de suas modalidades (simples, privilegiada, qualificada, consumada ou tentada). Portanto, mesmo que o condenado seja reincidente em crime doloso, o magistrado deverá avaliar se a substituição é recomendável, considerando as circunstâncias do caso e as condições pessoais do réu, para os fins de atingir o seu caráter preventivo, além de evitar os prejuízos do encarceramento ao condenado.

Outro requisito subjetivo é o *juízo de necessidade e suficiência* previsto no inciso III, do artigo 44, do Código Penal, segundo o qual, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve se mostrar suficiente em face das circunstâncias do fato, de modo que assegure tanto a retribuição do mal praticado como a prevenção de novos crimes.

4. REGRAS DE SUBSTITUIÇÃO

As regras para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estão previstas no artigo 44, §2º, do Código Penal, o qual dispõe que, em se tratando de condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa *ou* por uma pena restritiva de direitos; e, sendo a condenação superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, *ou* por duas restritivas de direitos. Portanto, o limite quantitativo da pena privativa de liberdade aplicada é que norteará as regras da substituição, pouco importando se o crime foi punido com reclusão ou detenção, ou se de natureza culposa ou dolosa.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. rev., atual Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 630. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530993658>. Acesso em: 10 jun. 2021.

A pena de multa prevista pelo dispositivo legal mencionado, é a chamada multa substitutiva ou vicariante, que, apesar de não estar elencada no artigo 43, também guarda natureza de pena alternativa. No entanto, com relação a sua aplicação, ainda dispõe o artigo 60, §2º, do Código Penal que “a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”. Tendo em vista que o artigo 44, §2º, introduzido pela Lei 9.714/98, ampliou o limite da substituição por multa para 1 (um) ano de privação da liberdade, configurando lei posterior benéfica, o entendimento majoritário é de que o artigo 60, §2º, do Código Penal considera-se revogado. Entretanto, sustenta Guilherme Nucci a possibilidade de interpretação conjunta dos dispositivos, de modo que, para as condenações de pena privativa de liberdade de até seis meses, a substituição possa se dar por multa ou por uma pena restritiva de direitos, enquanto nas condenações superiores a seis meses e até um ano, a substituição se dará exclusivamente por uma pena restritiva de direitos.¹⁹

Todavia, nas condenações superiores a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos, hipótese em que o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si, e sucessivamente as demais (CP, art. 69, §2º).

Uma exceção à regra para a substituição das condenações superiores a um ano se dá quanto aos crimes ambientais, uma vez que o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.605/98, prevê regra específica, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade inferior a quatro anos por uma única restritiva de direitos.

Por fim, o momento da substituição será na sentença condenatória. O juiz, depois de aplicar a pena privativa de liberdade adequada, obedecendo o critério trifásico, estabelecerá o regime de cumprimento da pena, e, após, decidirá sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme dispõe o artigo 59, inciso IV, do Código Penal. Contudo, caso o magistrado não aplique a substituição no momento da condenação, o artigo 180, da Lei de Execuções Penais, admite que a substituição se dê durante a execução penal, nos casos em que a pena privativa de liberdade não seja superior a dois anos, desde que o condenado a esteja cumprindo em regime aberto, já tendo cumprido pelo menos ¼ (um quarto), e que os seus antecedentes e personalidade recomendem a substituição.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. rev., atual Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 634. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530993658>. Acesso em: 10 jun. 2021.

5. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE

Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que haja coercibilidade para o seu cumprimento, de modo a assegurar sua efetividade. Portanto, havendo indícios de que as medidas alternativas não mais se mostram eficientes, realiza-se a conversão (melhor dizendo, reconversão), da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

As hipóteses de conversão das penas restritivas de direitos estão previstas no artigo 44, §§4º e 5º, do Código Penal, que disciplinam os casos em que será obrigatória ou facultativa.

A conversão será *obrigatória* quando houver descumprimento injustificado da restrição imposta, conforme o disposto no artigo 44, §4º, do Código Penal. Assim, uma vez beneficiado pela pena restritiva de direitos, caso o condenado a descumpra injustificadamente, terá sua pena privativa de liberdade restabelecida. Ressalta-se, portanto, que esta reconversão se trata de um incidente na execução, disciplinado pelo artigo 181, da Lei de Execução Penal, que exige sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade²⁰.

O artigo 44, §4º, do Código Penal ainda dispõe que no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão. Desta forma, realizada a detração do tempo de pena alternativa cumprido, mesmo que resulte em saldo menor, o condenado cumprirá, no mínimo, 30 dias de pena privativa de liberdade, o que torna desvantajoso o descumprimento injustificado da restrição ao final da substituição.

Relativamente às espécies de penas restritivas de direitos de prestação pecuniária e perda de bens e valores, nas quais não há período de tempo a ser descontado, adota-se o entendimento majoritário de que também podem ser convertidas, descontando-se da pena privativa de liberdade o percentual equivalente ao pagamento já efetuado pelo condenado. Em sentido contrário se posiciona Cezar Roberto Bitencourt, que não admite a conversão dessas

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-Corpus n°251.312/SP*: Quinta Turma. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 18/02/2014, DJe 21/02/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24936601/habeas-corpus-hc-251312-sp-2012-0168770-8-stj/inteiro-teor-24936602>. Acesso em: 25 set. 2021.

penas, uma vez que, além de guardarem natureza pecuniária, nelas não há “restrição imposta”.²¹

A reconversão será *facultativa* quando sobrevier nova condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, ocasião em que caberá ao juiz da execução decidir sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la caso seja possível que o condenado cumpra a pena substitutiva anterior, nos termos do artigo 44, §5º, do Código Penal. Portanto, conforme observa Cleber Masson:

“A condenação superveniente a pena privativa de liberdade pela prática de outro crime não impõe a reconversão da pena restritiva de direitos. Exige-se mais: além de não ter sido concedido *sursis*, é necessária a impossibilidade de cumprimento conjunto das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos. É o que acontece, hipoteticamente, em pena privativa de liberdade em regime fechado e prestação de serviços à comunidade”.²²

Havendo compatibilidade entre ambas as penas, sendo possível seu cumprimento em conjunto, o juiz poderá manter a restrição de direitos imposta primeiramente.

Importante ressaltar que a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade somente se dará quando observados os requisitos expostos acima, independentemente da preferência do sentenciado em cumprir pena privativa de liberdade que julgue mais benéfica. Exemplificando, o réu que teve sua pena privativa de liberdade substituída pela prestação de serviços à comunidade, pode considerar mais vantajosa a reconversão, para que possa cumprir a pena em regime aberto. No entanto, tal conversão somente será possível pelos meios formais estudados, não sendo admitida que se aplique a pedido do condenado.

6. CONTROVÉRSIAS QUANTO À APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Diante de todos os elementos expostos, evidencia-se que as penas restritivas de direitos suscitam inúmeras discussões. Além das divergências já analisadas, relativas às suas peculiaridades e exceções, destacam-se, ainda, relevantes controvérsias acerca das penas alternativas, sobretudo quanto a sua aplicação.

Primeiramente, no que concerne aos crimes em que podem incidir, parece tormentosa a questão relativa à aplicação das penas alternativas para substituição da pena privativa de liberdade de determinados delitos considerados graves, como nos *crimes hediondos ou equiparados*. Ademais, conforme se depreende da análise de seus requisitos, as penas

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 1: parte geral (Arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 340. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555590333>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²² MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Metodo, 2021. v. 1. p. 635.

restritivas de direitos não podem ser aplicadas diante da prática de crimes que por sua natureza se mostram incompatíveis com a substituição.

Entretanto, observa-se que a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), além de não proibir expressamente a substituição, teve os §§ 1º, 2º e 3º, de seu artigo 2º, parcialmente revogados pela Lei nº 9.714/98, de modo que, apesar das controvérsias, embora definidas como crimes hediondos ou equiparados, nas infrações cometidas sem violência ou grave ameaça, cuja pena privativa de liberdade aplicada não ultrapasse quatro anos, a substituição será possível, uma vez satisfeitos os requisitos do artigo 44, do Código penal. Neste sentido, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

“Concluindo, a aplicação das penas substitutivas nos crimes hediondos deve ser analisada casuisticamente, e, quando satisfizer os requisitos que a Lei n. 9.714 exige, sua aplicação será possível. Com efeito, os autores do crime de estupro (conjunção carnal, sexo anal, sexo oral etc.) certamente não merecerão penas substitutivas, quer pela violência do *modus operandi*, quer pelo patamar da pena aplicada (superior a quatro anos), quer por não satisfazerem os demais requisitos exigidos pelo art. 44 do CP [...]”²³

Relativamente ao delito de *tráfico de entorpecentes*, tendo em vista sua natureza hedionda, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também gerou discussões. Inicialmente, a aplicação de penas alternativas não era permitida para este crime, considerado de elevada gravidade, tanto que o artigo 44, da Lei nº 11.343/2006, vedava expressamente a substituição. Contudo, diante do chamado tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, §4º, da referida Lei, no qual o condenado é primário e de bons antecedentes, não se dedicando a atividades criminosas nem integrando organizações criminosas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, hipótese em que poderão ser aplicadas abaixo de 4 anos.

Impossibilitando a substituição, o referido artigo trazia em seu texto a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o dispositivo, por ofensa ao princípio da individualização da pena, admitindo a aplicação das penas restritivas de direitos desde que presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal.²⁴ Posteriormente, o Senado editou a Resolução nº 5, de 2012, suspendendo a execução da referida expressão do §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, v. 1: parte geral* (Arts. 1º a 120). 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 345. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555590333>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 97.256/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, j. 01.09.2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 25 set. 2021.

Ainda, no ano de 2016, o STF afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado²⁵, tendo a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) consolidado este entendimento, ao inserir o §5º no artigo 112, da Lei de Execuções Penais, estabelecendo que não se considera hediondo ou equiparado, para fins de progressão de regime, o crime de tráfico de drogas previsto no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Para além das controvérsias, a aplicação das penas restritivas de direitos é também criticada sob alguns aspectos, sobretudo no que diz respeito à falta de estrutura que viabilize sua efetividade, uma vez que, embora a Lei nº 7.209/1984 tenha determinado o prazo de um ano, a partir de sua vigência, para que a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomassem as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos; a realidade é que décadas se passaram e as penas alternativas continuam enfrentando dificuldades práticas para sua aplicação diante da omissão do Estado. À vista disso, explica Júlio Fabbrini Mirabete:

“A edição da Lei nº 9.714, com o alargamento das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade, exige, mais do que nunca, as providências do Estado para a efetivação das penas restritivas de direitos, evitando-se a prática costumeira de relegá-las a segundo plano ao se dar preferência à concessão da suspensão condicional da pena. Trata-se, agora, de providências imperativas, uma vez que, em grande parte dos casos, diante da quantidade da pena privativa de liberdade, não é cabível o *sursis*, mas, sim, a sua substituição por restritiva de direitos. A falta de infraestrutura para a execução das penas restritivas de direitos cria o risco da desmoralização da iniciativa de alargamento das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade por sanções mais modernas e adequadas”.²⁶

A exemplo do exposto se encontra a pena alternativa de limitação de fim de semana que, diante da falta de infraestrutura e estabelecimentos adequados, conforme determinado pela legislação, tem sua aplicação prejudicada, em razão da inviabilidade de sua execução.

Outra crítica pertinente, diz respeito à concessão do benefício da suspensão condicional do processo para os casos em que a aplicação da pena substitutiva é vedada em razão da gravidade do crime. É incoerente, pois, que o condenado que cometeu uma infração com emprego de violência, tenha direito ao benefício maior que é a suspensão do processo e não lhe seja admitida a aplicação de um benefício menor, como a substituição da pena, a exemplo do que ocorre nos crimes de abandono de incapaz com lesão grave (art. 133, §1º, do CP), injúria real e racial (art. 140, §§ 2º e 3º, do CP) e omissão de socorro (art. 135, parágrafo único).

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.533/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 25 set. 2021.

²⁶ FABBRINI, Renato N. (coautor). *Manual de direito penal, v. 1: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 35. ed. rev., atual São Paulo: Atlas, 2021. p. 283. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788597028102. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597028102>. Acesso em: 19 ago. 2021.

Por fim, destaca-se ainda, quanto a aplicação das penas restritivas de direitos, que o fato de incidirem apenas sobre os condenados de pequena periculosidade, que permanecem em liberdade, termina por obstar que contribuam para a diminuição da população carcerária, tendo em vista que, para a grande maioria dos presos, as penas alternativas são inviáveis.

CONCLUSÃO

Conforme o exposto, o estudo das penas restritivas de direitos guarda relevantes questões em virtude das peculiaridades, regras, exceções e controvérsias que permeiam sua aplicação.

Da análise individual de cada uma de suas espécies, foram demonstradas as especificidades e características das modalidades de penas alternativas. Ainda, examinados os requisitos e regras para a substituição, evidenciaram-se as hipóteses de sua aplicação, e, após, foram analisadas as situações de reconversão para a pena privativa de liberdade. Por fim, foram destacadas algumas controvérsias e críticas quanto à aplicação das penas restritivas de direitos. Desta forma, restou demonstrado que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos guarda certa complexidade, de maneira que, por vezes, sua aplicação termina dificultada, seja em virtude do crime cometido ou das características pessoais do condenado.

Portanto, do estudo realizado, compreende-se que a eficácia das penas alternativas enquanto substitutivas ao encarceramento de curto período, é inegável. Entretanto, conforme demonstrado, sob alguns aspectos, as penas restritivas de direitos ainda estão condicionadas e carecem da atenção do Estado para que sejam aperfeiçoadas, sobretudo quanto à sua aplicação, visando a correta estruturação que viabilize sua plena execução e fiscalização, de modo a assegurar, definitivamente, a efetividade de todas as suas espécies, como instrumentos alternativos de promoção da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* (Arts. 1º a 120), v. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555590333>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a *Lei de Execução Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 12.550, de 15 de dezembro de 2011*. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112550.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 14.071, de 13 de outubro de 2020*. Altera a Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114071.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-Corpus n°251.312/SP*: Quinta Turma. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Brasília, 18/02/2014, DJe 21/02/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24936601/habeas-corpus-hc-251312-sp-2012-0168770-8-stj/inteiro-teor-24936602>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 97.256/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, j. 01.09.2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 118.533/MS*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>. Acesso em: 25 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, arts. 1° ao 120. 24. V. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619184>. Acesso em: 10 jun. 2021.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Livro Digital. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94158792/v7>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FABBRINI, Renato N. (coautor). *Manual de direito penal*, v. 1: parte geral, arts. 1° a 120 do CP. 35. ed. rev., atual São Paulo: Atlas, 2021. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788597028102. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597028102>. Acesso em: 19 ago. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral (Arts. 1° a 120). 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555595666>. Acesso em: 10 jun. 2021.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v.1

JESUS, Damásio de. *Direito penal I: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553619849. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553619849>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal: parte geral* (arts. 1° a 120). 15. ed. São Paulo, SP: Gen/Metodo, 2021. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 1: parte geral: Arts. 1° a 120 do Código Penal. 5. ed. rev., atual Rio de Janeiro: Forense, 2021. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530993658. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530993658>. Acesso em: 10 jun. 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume único*. 19. ed. rev., atual Rio de Janeiro: Forense, 2021. Livro Digital. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530994136>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v.1 Livro Digital. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/174115796/v2>. Acesso em: 10 jun. 2021.