

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1183

(Ano XV)

(30/12/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1183



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1183 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 172 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



#### **O marco temporal das terras indígenas**

*Ives Gandra da Silva Martins, 08.*

### ARTIGOS

#### **Nova lei de licitações: extinção contratual, Machado de Assis e o presente de aniversário**

*Janderson da Costa Barbosa, 10.*

#### **A responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho**

*Raphael Silva de Castro Limam 18,*

#### **Direito de liberdade de expressão e a relativização no combate das fake news**

*Rodrigo Silveira Chung, 34.*

#### **A jurisdição constitucional no Brasil e no mundo**

*Gustavo Raffi Rickes, 46.*

#### **O reconhecimento de pessoas no processo penal e a incidência das falsas memórias**

*Raphaela de Moraes Lemos, 55.*

#### **Tribunal do júri: anacrônico ou contemporâneo?**

*Geovana Freitas Queiroz, Fernanda de Jesus Sousa Andrade e Maria Vitória De Arruda, 79.*

#### **Presunção de inocência frente à execução provisória da pena privativa de liberdade: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP**

*Roberta Daniele de Borba Santos, 95.*

#### **A influência dos Estados Unidos nos acordos penais brasileiros**

*Fernando Daniel Carneiro Mustafe, Daniela Severo de Oliveira e João Pedro Leonel da Silva, 119.*

**Direito tributário, sua história e sua relação com o bem-estar social**

*Camila Aguiar Araujo e Marina Aguiar Araújo Hupp, 130.*

**Análise do paradigma do acto de nomeação e exoneração na estrutura macro administrativa angolana.**

*Wilson Carlos Mucapola, 142.*

**Ativismo congressual no exercício da reversão legislativa: Limites e prerrogativas do Congresso Nacional na superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

*Izabela Tângari Coelho, 159.*

## O MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS

### IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie (1982). Especialista em Ciência das Finanças pela Faculdade de Direito da USP (1971). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da USP (1970). Bacharel em Direito pela USP (1958). Doctor Honoris Causa; da Universidade de Craiova - Romênia. Professor Emérito da ECEME - Escola de Comando do Estado Maior do Exército (1994). Autor de vários livros jurídicos.

O Congresso Nacional derrubou o veto do Presidente da República ao marco temporal das terras indígenas. Esse marco temporal foi colocado em lei para interpretar o artigo 231 da Constituição. A meu ver, o Congresso, fez o que devia ter feito, porque, de rigor, a referida lei respeita rigorosamente à Constituição.

O artigo 231 diz o seguinte:

*Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente **ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Grifo meu).*

Como é possível perceber, quando se discutiu na Constituinte - acompanhei de perto essas discussões -, o que se pretendia é que todas aquelas terras possuídas pelos indígenas, naquele momento, teriam que a eles pertencer, não podendo ser desapropriadas nem ficar na mão de terceiros.

As terras que eles "ocupam" - presente no indicativo - eram as terras a que eles tinham direito, e não terras que ocuparam há 100 ou 200 anos, nem há muito tempo e que não ocupavam mais. Até porque, se não fosse esse marco temporal pretendido pelos Constituintes, estes teriam determinado algum outro. Ao contrário, deram a todos os índios brasileiros, o direito de ficar com aquelas terras ocupadas quando da promulgação da Constituição - e quando eu digo terras, refiro-me não só às malocas, mas também às aquelas redondezas, como, por exemplo, onde pescavam, etc., enfim, aquelas terras que

representam o seu *habitat*. Por isso é que eles puseram **ocupam** e não **ocuparam**. Foi, pois, o que os Constituintes decidiram.

O que pretendeu o presidente Lula, em seu primeiro mandato, com a decisão da Suprema Corte, é que, entre 13% e 15% do território nacional, fossem dedicados a 1 milhão de indígenas e os outros 85% dedicados a 206 milhões de brasileiros. Quando se discutia o artigo 231, na Constituinte, a avaliação é de que o Brasil deveria ter 250 mil indígenas. No momento em que se decidiu que as etnias é que definiriam, e não o local de nascimento, as terras que eles ocupavam, nós tivemos uma multiplicação dessas etnias, que estavam no Paraguai, no Peru, na Colômbia, e passaram a vir para o Brasil, pois aqui passaram a ter uma legislação que os protegia, algo que não ocorria em seus países.

Já o Congresso fez o seguinte: estamos reproduzindo em lei ordinária o que está no artigo 231 sobre o marco temporal e o Presidente Lula vetou, porque queria que todas as terras que, no passado, ocuparam – que representariam em torno de 15% do território nacional -, fossem entregues a mais ou menos 1 milhão de indígenas, cabendo aos outros 85% a 206 milhões de brasileiros.

É contra isso, também, que o Senado contesta o Supremo Tribunal Federal que também pretendeu o marco temporal alargado. Nesse particular, quando foi feita uma homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello, uma plêiade de juristas escreveu dois livros em sua homenagem, e eu também o fiz. O meu escrito defendeu a posição muito clara do Ministro Marco Aurélio, dizendo o seguinte: só podemos interpretar o que está escrito na Constituição. Onde está escrito ocupam, é ocupam naquele momento, e não ocuparam num passado distante.

Parece-me, portanto, que o Congresso, ao derrubar o veto do Presidente, respeita rigorosamente o disposto no artigo 231, sem prejuízo nenhum ao direito de todos os indígenas de terem aquelas terras nas quais, naquele momento em que a Constituição foi promulgada, estavam vivendo.

Esta é a minha posição, rigorosamente de acordo com a do Ministro Marco Aurélio, com o Congresso Nacional quando definiu o marco temporal das terras indígenas e com os Constituintes de 88.

## **NOVA LEI DE LICITAÇÕES: EXTINÇÃO CONTRATUAL, MACHADO DE ASSIS E O PRESENTE DE ANIVERSÁRIO**

### **JANDESON DA COSTA BARBOSA:**

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Ceub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Ex-Especialista Sênior e Ex-Diretor da área de licitações e contratos do TCU. Servidor do TCU. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do Ceub. Professor. Advogado<sup>1</sup>.

Poucas pessoas conseguiram entender a essência da natureza humana e transformá-la em arte como Machado. Seus escritos podem ser interpretados e reinterpretados em diversos contextos e épocas, e guardarão com estes pertinência e precisão, pois em todos eles haverá um elemento em comum: pessoas.

E é nessa senda que trataremos da novidade da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), mais especificamente em relação à chamada “extinção sem ônus” do contrato administrativo “na data de seu aniversário”. Contudo, antes de adentrarmos no cerne da questão, peço ao nobre leitor que se deleite com breve resumo do conto “A igreja do diabo”<sup>2</sup>, de Machado de Assis. Aos religiosos ou ateus, tranquilizo-os antecipando que o conto não trata do tema “religião”, esse é apenas o pano de fundo. Vejamos:

O diabo tem uma audaciosa iniciativa: criar sua própria igreja na Terra! Seu objetivo era simples: estabelecer um lugar onde todos os pecados, ao contrário das igrejas convencionais, fossem não apenas aceitos, mas também celebrados. Antes de iniciar sua missão, o coisa ruim sobe ao Céu para comunicar seus planos a Deus. Esperava-se confronto ou repreensão, mas, em vez disso, Deus simplesmente permite que ele siga em frente.

---

<sup>1</sup> E-mail: jandesoncbarbosa@gmail.com

<sup>2</sup> ASSIS, Machado de. **Volume de contos**. Rio de Janeiro : Garnier, 1884.



Com sua igreja prontamente estabelecida, o chifrudo vê um rápido crescimento em sua congregação. Pessoas de todos os tipos se juntam, ansiosas para celebrar seus vícios sem julgamentos ou culpas. Contudo, não demora muito para que as coisas comecem a tomar um rumo inesperado:

"[...] notou o diabo que muitos dos seus fiéis, às escondidas, praticavam as antigas virtudes. Não as praticavam todas, nem integralmente, mas algumas, por partes, e, como digo, às ocultas. Certos glutões recolhiam-se a comer frugalmente três ou quatro vezes por ano, justamente em dias de preceito católico; muitos avaros davam esmolas, à noite, ou nas ruas mal povoadas; vários dilapidadores do erário restituíam-lhe pequenas quantias..."

Essa confusão frustra profundamente o tihoso, que decide encerrar sua igreja. Retornando ao Céu para relatar seu insucesso a Deus, o encardido se depara com a serenidade e o sorriso divino, que apenas lhe diz: "- Que queres tu, meu pobre diabo? [...] É a eterna contradição humana."

É fato que a NLLCA inovou ao prever a possibilidade de extinção do contrato administrativo de trato contínuo antes do prazo e sem haver ônus para a Administração, mesmo nos casos em que não há culpa do contratado. É a previsão do art. 106, inciso III. Vamos ao texto:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

**III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.**

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do **caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática. [grifo nosso]<sup>3</sup>

Trocando em miúdos, o que o legislador previu foi o seguinte: a Administração pode celebrar contratos de até 5 anos de duração já de início, sem se preocupar caso necessite extingui-lo<sup>4</sup> antes do seu término, pois, conforme o dispositivo legal acima transcrito estabelece, a Administração poderá fazê-lo sem ônus a cada aniversário do contrato.

Para entendermos melhor essa previsão, é necessário compreender o seu porquê. Muitos gestores temiam celebrar contrato de mais de 12 meses de duração já de início – e muito menos já com 5 anos a partir da celebração –, pela Lei 8.666/1993, pois tinham receio de necessitar eventualmente extingui-lo antes do prazo. A eventual extinção poderia se dar porque o seu objeto não era mais necessário ou adequado – por deixar de ser econômica ou tecnicamente vantajoso – ou porque a Administração poderia fazer rearranjos orçamentários que comprometeriam a sua execução futura.

E aqui abro um “parágrafo parênteses”: sim, a Lei 8666/1993 admitia que fosse celebrado contrato contínuo de mais de 12 meses. Poderia ser celebrado até mesmo com duração de 5 anos já a partir do começo, e nesse caso, claro, não seria possível prorrogação. Isso é tema pacificado.

Algum leitor poderá bradar: “ah, mas eu aprendi que estava escrito na Lei que a vigência deveria ser restrita aos créditos orçamentários, e por isso só seria possível celebrar o contrato por até 12 meses”. Essa era uma interpretação equivocada, que de tão repetida acabou se tornando uma espécie de “lenda urbana licitatória”. De fato, existe essa previsão quanto aos créditos orçamentários, mas ela não importa em proibição de contratos acima de 12 meses. Até porque, em contratos com duração de 12 meses, a parte

3 BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em: 20 out 2023.

4 Essa extinção do contrato pode ser tecnicamente chamada de “resilição unilateral”, que é a possibilidade de extinguir o contrato por iniciativa de uma das partes sem que tenha havido inadimplemento contratual (arts. 472 e 473 do Código Civil). Contudo, o Legislador preferiu não entrar nessa disputa de nomenclatura, utilizando-se do termo genérico “extinção” do contrato. É o que popularmente se chama no meio das licitações de “rescisão do contrato”.

da execução orçamentária que se dava no exercício seguinte ficava sem previsão orçamentária até que o Orçamento do próximo ano fosse aprovado.

Fechando os “parênteses” ... com a previsão do art. 106, inciso III, da NLLCA resolveu-se o problema narrado: a Administração pode contratar por período maiores e, caso seja necessário, terá a possibilidade de extinguir o contrato a cada aniversário sem arcar com perdas e danos. Assim, a cada aniversário do contrato (1 ano, 2 anos, 3 anos, 4 anos), a Administração, diante das hipóteses de falta de vantajosidade ou de créditos orçamentários, poderá “avisar” ao contratado de que o contrato será extinto em data próxima, desde que distante ao menos dois meses da data do aniversário.

Aqui cabe esclarecer que a data do aniversário é a do início da execução contratual, e não a da assinatura. Portanto, imagine que o contrato teve execução iniciada em 10 de maio de 2024. Até o dia 10 de maio de 2025 a Administração pode notificar o contratado de que o contrato será extinto em data específica, sendo que esta data tem de ser, no mínimo, 2 meses após o aniversário, ou seja, a partir de 10 de julho de 2025.

Desse modo, a cada aniversário – termo curiosamente utilizado pelo Legislador –, poderemos ter “dois presentes” no nosso contrato caso assim entenda a Administração Pública: um para a própria Administração, que não terá ônus na extinção; e outro presente (de grego) para o contratado, que receberá um “foi bom enquanto durou” em relação àquele contrato.

Bom, já tratamos da NLLCA, da extinção contratual e do presente de aniversário, falta falar de... Machado de Assis! Voltemos ao conto. Machado retrata o eterno inconformismo e insubmissão humanos, segundo os quais ao ser humano não lhe agrada cumprir “100%” daquilo que lhe é imposto.

Assim, durante a vigência da Lei 8.666/1993, não era raro perceber certo alvoroço de gestores públicos ao tentarem extinguir contratos longos antes da data de término sem gerar nenhum tipo de ônus para a Administração. Mas, agora que deixou de existir o principal problema dos contratos contínuos acima de 12 meses, vê-se gestores celebrando esses mesmos contratos contínuos com... 12 meses de duração.

Em não havendo no horizonte previsão da desnecessidade do objeto do contrato nem falta de previsão orçamentária, um questionamento pertinente se faz: nesses casos, o gestor pode celebrar o contrato contínuo com previsão inicial de apenas 12 meses? A resposta é: sim. O espírito da NLLCA é o de dotar o administrador público de

---

<sup>5</sup> “Ah, mas a data correta não seria 9 de maio?”: ouvi dizer que celebrar aniversário antes do dia dá azar! Em bom português: aniversário é aniversário!

maior autonomia. Essa é, na nossa visão, a correta interpretação sistemática da norma. Contudo, em casos como o retratado, será do gestor o ônus argumentativo de demonstrar a vantagem em a Administração deixar de celebrar o contrato com prazo maior valendo-se da previsão do art. 106, inciso III, da NLLCA.

Esse ônus argumentativo advém da necessidade de, nas condições acima explicitadas, demonstrar-se o porquê de a Administração deixar de adotar solução mais econômica e eficiente, por conta da desnecessidade de celebração de sucessivas prorrogações anuais do contrato. E aqui não custa lembrar que o gestor público é administrador de coisa alheia, da *res publica*, e, na condição de "mandatário"<sup>6</sup>, deve explicar suas decisões.

Também não se está defendendo que o gestor público necessite escrever uma "tese" para justificar o contrato contínuo com duração inicial de 12 meses, isso em deferência aos princípios da motivação e do formalismo moderado, bem como repelindo o chamado "apagão das canetas". Basta, nesses casos, que seja declinado o motivo objetivo segundo o qual é mais vantajoso à Administração o contrato nessa formatação. Mas o gestor deverá fazê-lo, consistindo a ausência da expressa previsão desse motivo – a nosso sentir – falha formal da instrução do processo de licitação, a ser apontada pelo órgão de assessoramento jurídico.

Uma outra frente em relação a essa extinção sem ônus é a alegação de sua inconstitucionalidade. Nomes como Marçal Justen Filho defendem a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição com o intuito de interpretar o dispositivo no sentido de que caberá sim à Administração cobrir eventuais perdas e danos nos casos da "extinção de aniversário". Vejamos:

"Portanto, a previsão legal de que a extinção do contrato far-se-á 'sem ônus' para a Administração exige interpretação conforme. A resolução contratual ocorrerá sem ônus para a Administração na medida em que o particular não sofra prejuízo. Não é cabível admitir, em face da Constituição, que a Administração se aproprie de vantagens às custas do particular, enriquecendo-se indevidamente".<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Aqui se adota o termo "mandatário" no sentido comum, de quem recebe atribuição para negociar coisa de outrem, não se está a referir à "teoria do mandato" do direito administrativo.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 1340.

Este autor, com máxima vênia e deferência, entende de maneira distinta. A técnica da interpretação conforme a Constituição<sup>8</sup> é medida drástica, que somente deve ser utilizada em dispositivos legais com tamanho problema de incompatibilidade constitucional que, nesses casos, uma e apenas uma interpretação fará com que a previsão legal esteja em consonância com a Carta Maior. Concordamos com o ilustre autor acerca da causa e do fundamento da alegação, mas pensamos que, nesse caso, há outras interpretações possíveis e que não representarão afronta ao texto constitucional.

Primeiro, vamos ao contexto fático: não é crível que, ante a redação do art. 106, o mercado irá precificar o contrato, em casos como esses, levando em consideração o seu prazo de vigência nominal. Conhecedor como nenhum outro *player* sobre custos e riscos, o mercado certamente irá precificar esses contratos em 14 meses (12 meses do aniversário somados aos dois meses mínimos para notificação).

O que se poderia arguir é que, com tal previsão, a Administração Pública deixaria de auferir a economia de escala e de pulverização de custos de um contrato de 5 anos. O questionamento, portanto, é se o legislador poderia impor à Administração essa condição, ao mesmo tempo em que a "presenteia" com a possibilidade de extinção antes do término. Parece-nos que, ante a ampla discricionariedade que o legislador nacional tem, tal escolha é perfeitamente possível e constitucional. Não nos parece que foi ultrapassado o limite após o qual o Judiciário estaria autorizado a aplicar a técnica da interpretação conforme.

Igualmente, existem várias outras interpretações que, ao nosso ver, são aderentes à *mens legis* e conformes com a Carta Maior. Citamos algumas. O administrador público pode, diante de expressa renúncia à possibilidade de extinção sem ônus, obrigar a Administração a arcar com perdas e danos nessas situações, a fim de aferir o ganho de escala e demais vantagens. Tudo constando no instrumento convocatório e no contrato administrativo.

Outra interpretação possível – apesar de preferirmos a anterior – é a de que a regra do art. 106, inciso III, da NLLCA será aplicada apenas quando constar expressamente no instrumento convocatório e/ou no contrato administrativo. Essas e outras sendas

---

8 Técnica de interpretação constitucional em que "a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna" (**ADI 1.344 MC**, rel. min. Moreira Alves, j. 18-12-1995, P,*DJ* de 19-4-1996.). No mesmo sentido: utilizando-se da técnica da "interpretação conforme à Constituição" -- declarar que a norma impugnada só é constitucional se se lhe der a interpretação que este Tribunal entende compatível com a CF, o que implica dizer que as demais interpretações que se lhe queiram dar serão inconstitucionais. (**ADI 491 MC**, voto do rel. min. Moreira Alves, j. 13-6-1991, P,*DJ* de 25-10-1991.)

interpretativas são, a nosso ver, juridicamente possíveis e constitucionalmente adequadas, razão pela qual não é possível, nesse caso, a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição.

Nesse sentido, entendemos que o dispositivo em análise comporta uma outra técnica de controle de constitucionalidade: a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto<sup>9</sup>, medida menos drástica e que melhor respeita o espaço de discricionariedade legislativa. A diferença entre essa técnica e a interpretação conforme é que, na primeira, afasta-se apenas uma ou algumas das possíveis interpretações, enquanto na interpretação conforme (em sentido estrito) se obriga à observância de apenas uma interpretação possível em detrimento de todas as outras.

Também pensamos ser incompatível a “extinção de aniversário” sem ônus nos casos de contratação integrada e semi-integrada, sobretudo se houver despesa de investimentos que reverterá à Administração ao final do contrato. A natureza dessas contratações é eminentemente de pulverização de custos, e, portanto, deve ser também declarada inconstitucional a interpretação de aplicação do dispositivo em contratação integrada ou semi-integrada.

Desse modo, defendemos que o art. 106, inciso III, da NLLCA deve ser objeto de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a fim de afastar a interpretação segundo a qual a Administração não deve arcar com o ônus da extinção precoce do contrato sem culpa do contratado se o instrumento convocatório e o contrato administrativo contiverem previsão expressa renunciando a essa possibilidade, ou nos casos de contratação integrada e semi-integrada.

Ao gestor e servidores públicos, por ora, a sugestão é: façam constar expressamente na minuta do contrato anexa ao edital a previsão da “extinção de aniversário” do art. 106, inciso III, da NLLCA, quando dela quiserem lançar mão. Em contratação integrada ou semi-integrada, bem como nos casos concretos em que a previsão da “extinção de aniversário” traga notório prejuízo à Administração: prevejam expressamente na minuta do contrato que àquele ajuste não se aplica a extinção precoce

---

<sup>9</sup> Nesse sentido: “[...] a técnica decisória denominada declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual o intérprete declara a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem, contudo, alterá-lo gramaticalmente, ou seja, censurou uma determinada interpretação por considerá-la inconstitucional.” (Rcl 27.171, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 26-10-2018, dec. monocrática, DJE de 30-10-2018.) Em sentido idêntico: “(...) os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.” (RCL 4.335, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014.)



sem ônus. Em todos os casos, o Estudo Técnico Preliminar deverá trazer as devidas justificativas.

A discussão acerca do tema está apenas no começo, mas uma coisa já é possível afirmar com convicção: Machado tinha razão. Seja em uma escolha hermenêutica ou de gestão, o ser humano sempre estará a lamentar pela opção *a priori* indisponível: “É a eterna contradição humana”<sup>10</sup>.

## Referências

ASSIS, Machado de. **Volume de contos**. Rio de Janeiro : Garnier, 1884.

BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em: 20 out 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.344 MC**, rel. min. Moreira Alves, j. 18-12-1995, P,*DJ* de 19-4-1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 491 MC**, voto do rel. min. Moreira Alves, j. 13-6-1991, P,*DJ* de 25-10-1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 27.171**, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 26-10-2018, dec. monocrática, DJE de 30-10-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RCL 4.335**, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

---

<sup>10</sup> ASSIS, Machado de. **Volume de contos**. Rio de Janeiro : Garnier, 1884.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO

### RAPHAEL SILVA DE CASTRO LIMA:

Advogado. Bacharel laureado em Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Advocacia Previdenciária pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi) e em Compliance, LGPD e Prática Trabalhista pelo Instituto de Estudos Previdenciários (IEPrev)<sup>11</sup>

**Resumo:** Por meio deste trabalho, buscou-se analisar a aplicação do Direito Civil ao Direito do Trabalho, mormente no que tange à responsabilização civil do empregador, nos casos de acidente do trabalho, doenças ocupacionais e suas demais equiparações. Buscou-se abordar a dicotomia entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, ambas adotadas pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, mas que gera intensa controvérsia, principalmente no que diz respeito à possibilidade de cumulação entre as indenizações civil e aquela advinda da Previdência Social, bem como o importante papel do *compliance* para evitar acidentes e maiores passivos trabalhistas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Indenização. *Compliance*

**Sumário:** 1-Introdução; 2-Noções introdutórias acerca da responsabilidade civil: acepções e espécies; 3-Do acidente de trabalho: conceito, equiparações e indenizações 4 A responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho; 4.1-Benefício previdenciário versus indenização por acidente do trabalho; 4.2-Da importância do compliance para evitar acidentes trabalhistas; 5-Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar os aspectos gerais da responsabilidade civil e de suas influências no âmbito do Direito do Trabalho. Para tanto, foram utilizadas as mais ilustres explicações doutrinárias, assinadas por autores como Sebastião Geraldo de Azevedo, de modo a delinear os principais pontos da temática tratada, ao lado de diversas abordagens jurisprudenciais, como forma de dar respaldo ao que é discutido na teoria.

Sendo assim, o trabalho, preliminarmente, apresentará uma abordagem conceitual e dos aspectos gerais da responsabilidade civil, propondo-se a diferenciar as teorias da

---

<sup>11</sup> E-mail: raphaellima.silva.100@gmail.com



responsabilidade, de sorte que serão abordadas as principais disposições que buscaram disciplinar o assunto em comento.

Em seguida, buscar-se-á uma análise da responsabilidade civil no âmbito trabalhista, abordando-se, inicialmente, o conceito do que seria acidente do trabalho e as suas respectivas equiparações. Em seguida, serão feitos comentários sobre as indenizações possíveis que poderão respaldar o trabalhador, bem como quais os critérios que as permeiam. Por derradeiro, será examinada a influência que o *compliance* exerce sobre o tema.

## **2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ACEPÇÕES E ESPÉCIES**

Primeiramente, deve-se definir o que seria responsabilidade civil, visto que a sua acepção será essencial para a abordagem ao longo do trabalho, bastante relacionada com a noção de reparação de um dano que tenha sido provocado a terceiro.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade “exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”<sup>12</sup>. Já para Maria Helena Diniz, seria a “aplicação de medidas que obriguem a pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”<sup>13</sup>. Da mesma forma afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”<sup>14</sup>.

A figura da responsabilidade civil remonta aos primórdios da humanidade, em que o ofendido buscava, através da vingança privada e da autotutela, uma reação ao mal sofrido.

Hodiernamente, a responsabilidade civil constitui gênero, possuindo diversas espécies e subespécies, a depender da classificação adotada. Dentre essas, as principais

---

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. vol.4.12. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 19.

13 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.35.

14 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. vol. 3. 14. ed. São Paulo: 2016, p. 57.

remetem à dicotomia entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual e a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Quanto à primeira divisão, a responsabilidade contratual seria aquela em que há o prejuízo a outrem, em virtude de descumprimento de obrigação prevista em contrato avençado, previamente, entre as partes plenamente capazes. Nessa, o ônus da prova é do credor, que deverá provar que a prestação não foi cumprida.

Já na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, a obrigação não deriva de contrato, pois há violação direta a uma norma legal, inexistindo qualquer vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano. Nesse caso, ao contrário da responsabilidade contratual, o ônus é do autor da ação, que deverá provar que o fato danoso ocorreu por culpa do agente.

Em síntese:

O fato gerador do direito à reparação do dano pode ser a violação de um ajuste contratual das partes ou de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico, incluindo-se o descumprimento do dever geral de cautela. Quando ocorre a primeira hipótese, dizemos que a responsabilidade é de natureza contratual; na segunda, denominamos responsabilidade extracontratual ou aquiliana<sup>15</sup>.

Quanto à segunda divisão, a responsabilidade subjetiva decorre do dano causado por culpa ou dolo do agente. Por culpa, entende-se aquele que atua por negligência ou imperícia. Aqui, o autor deverá se desincumbir do *onus probandi*, pois deverá provar a culpa do réu. Assim, torna-se necessária a existência de três elementos: o dano, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo do agente.

No entanto, há casos em que é irrelevante a comprovação de culpa ou dolo do agente causador do dano, devendo-se comprovar apenas o dano e o nexo causal. Nesse caso, trata-se da responsabilidade objetiva ou legal. Quando se diz que a culpa ou o dolo são irrelevantes, significa que estas podem ou não existir, sendo desnecessárias para surgir o dever de indenizar.

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. São Paulo: 2013, p.94.

Ocorre que, buscando delimitar e justificar a responsabilidade objetiva, surgiram diversas teorias, as chamadas teorias do risco, acarretando a subdivisão da espécie da responsabilidade civil objetiva.

A primeira, pela teoria do risco proveito, busca-se responsabilizar aquele que tira proveito da atividade. Assim, haveria responsabilização pelos danos que a atividade possa acarretar. Porém, o principal empecilho dessa teoria recai na dificuldade de se provar a obtenção do proveito, bem como de definir o que seria este.

A segunda teoria, a do risco profissional, impõe o dever de indenizar, quando o dano decorre da atividade profissional da vítima, estando diretamente ligado aos acidentes do trabalho, abrangendo todas as atividades laborais.

Já na teoria do risco excepcional, indeniza-se sempre que houver um risco acentuado ou excepcional ao trabalhador, em virtude da natureza perigosa da atividade. Seriam consideradas atividades perigosas aquelas relacionadas com redes elétricas de alta tensão, materiais radioativos e energia nuclear.

A quarta diz respeito à teoria do risco integral, considerada a teoria mais extrema, por exigir que a vítima seja indenizada, mesmo nos casos em que haja a sua culpa exclusiva, caso fortuito ou força maior. Para alguns, essa teria sido a teoria adotada pelo Direito do Trabalho, em virtude do disposto no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>16</sup>, que afirma que o empregador assume os riscos da atividade econômica, tratando-se de uma cláusula geral da responsabilidade do empregador e fundamento para a inexistência de responsabilidade subjetiva, e do princípio da proteção do trabalhador:

A tese que expomos aqui é justamente a de que o Direito do Trabalho, inserido que está na lógica do direito social e de uma visão social de Estado, é precursor na adoção da teoria do risco integral do empregador, sequer admitindo subdivisões tendentes a legitimar a defesa de uma responsabilidade subjetiva, em determinadas situações. A regra do artigo segundo, inspirada na noção de proteção que justifica e orienta o Direito do Trabalho, não deixa margem a dúvidas<sup>17</sup>.

---

16 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

17BERTOTTI, Monique. A responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 109-124, mar./abr. 2014, p.112.

No entanto, ampla maioria dos doutrinadores entende que o dispositivo acima seria aplicado apenas ao risco de insucesso do negócio, devendo o empregador realizar o pagamento do salário e dos demais encargos trabalhistas.

Por fim, tem-se a teoria do risco criado, em que, pela simples criação do risco, surge o dever de indenizar, caso aquele se concretize, não se indagando se houve ou não proveito da atividade, pelo empregador. Difere-se do risco profissional e do risco proveito, pois não se aplica somente ao Direito do Trabalho, abrangendo as demais áreas jurídicas:

A ideia do risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, o contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica dos seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.<sup>18</sup>

É por isso que se diz que o Código Civil de 2002, no parágrafo único do art. 927<sup>19</sup>, consolidou a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, há divergências quanto à modalidade adotada, havendo adeptos das mais diversas modalidades. No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, esta também foi adotada pelo Código Civil, mais especificamente nos arts. 186<sup>20</sup> e 927, caput<sup>21</sup>, evidenciando que não mais se pode dizer que a responsabilidade subjetiva seja a regra, enquanto a responsabilidade objetiva seja a exceção.

### **3 DO ACIDENTE DE TRABALHO: CONCEITO, EQUIPARAÇÕES E INDENIZAÇÕES**

Antes de tratarmos do tema da responsabilidade civil, nos casos de acidente do trabalho, porém, devemos realizar uma abordagem acerca do acidente de trabalho, cujo conceito encontra-se na Lei nº 8.213 de 1991:

---

18FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 179.

19Art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

20 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

21 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho<sup>22</sup>.

Constata-se a existência de alguns elementos que permeiam a definição de acidente do trabalho: primeiro, quanto à causa, o acidente deve decorrer do exercício do trabalho a serviço da empresa, constituindo nexos causal imprescindível. Segundo, quanto à consequência, o acidente provoca lesão corporal ou perturbação funcional, podendo acarretar morte, perda ou redução da capacidade laborativa, de modo permanente ou temporário. Ou seja, não havendo lesão corporal ou perturbação física ou psíquica do trabalhador, não haverá acidente do trabalho. Tais elementos precisam estar presentes, pois são cumulativos.

Saliente-se que há diferenças entre não haver lesão corporal ou perturbação física ou psíquica e estas se manifestarem somente de maneira tardia. Neste caso, diferentemente do primeiro, havendo nexos causal entre a atividade do empregado e o acidente, constar-se-á o acidente do trabalho.

Alguns autores entendem que a denominação mais adequada seria acidentes pessoais ou acidente do trabalho com dano pessoal, em referência às consequências físicas ou psíquicas decorrente do acidente. No entanto, consagrou-se o termo acidente do trabalho.

Indo além:

O fato gerador do acidente típico geralmente mostra-se como evento súbito, inesperado, externo ao trabalhador e fortuito no sentido de que não foi provocado pela vítima. Os efeitos danos normalmente são imediatos e o evento é perfeitamente identificável, tanto com relação ao local da ocorrência quanto no que tange ao

---

<sup>22</sup>BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

momento do sinistro, diferentemente do que ocorre nas doenças ocupacionais<sup>23</sup>.

Por evento súbito, entende-se a rapidez do acontecimento, enquanto o externo significa que a causa não tem relação com a constituição orgânica da vítima. Nota-se, ainda, que são os riscos específicos decorrentes do exercício do trabalho, e não os riscos gerais que abrangem todas as pessoas, que se prestam para efeitos de caracterização do acidente do trabalho.

Quanto à redução para o trabalho, como dito antes, esta pode ser permanente ou temporário. No último caso, não significa que necessariamente deverá haver afastamento do trabalho, pois a mera ida ao hospital ou o tempo para se realizar um curativo também se prestam para tais efeitos.

Em virtude da introdução do §4º do art. 337 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048 de 1999), o rol de elementos caracterizadores do acidente do trabalho foi ampliado, passando a abarcar os agravos às lesões, tais como transtorno de saúde, distúrbio, disfunção ou síndrome de evolução aguda, subaguda ou crônica, de natureza clínica ou subclínica, independentemente do tempo de latência.

São consideradas, também, acidentes do trabalho as doenças provocadas pelo trabalho do empregado, como as doenças profissionais e as doenças do trabalho.

Enquanto a doença profissional, tecnopatía ou ergopatía é peculiar a uma atividade ou profissão específica e possui um nexó causal presumido com a atividade, a doença do trabalho, mesopatía ou doença profissional atípica não possui vínculo com uma profissão específica, não possuindo nexó causal presumido. Quer isso dizer, portanto, que é necessária a comprovação de que a doença surgiu em virtude das condições específicas em que o trabalho foi realizado.

São as chamadas doenças ocupacionais e que, apesar de conceitualmente diferirem do acidente do trabalho, são equiparadas a esta, para efeitos de reparações.

Foram elencadas determinadas situações que se equiparam aos acidentes do trabalho. Tais hipóteses abrangem acidentes que, mesmo ocorridos fora do local ou do horário de trabalho, possuem vinculação com o exercício laboral, ou, mesmo ocorrendo

---

<sup>23</sup>OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. São Paulo: 2013, p.48.



no local ou no horário de trabalho, apenas estão ligados indiretamente ao exercício do trabalho.

Há, também, casos expressamente mencionados e que não possuem qualquer nexo causal com o trabalho, não se prestando para efeitos de caracterização do acidente, como as doenças degenerativas; as inerentes a grupo etário; a que não produza incapacidade laborativa; e a doença endêmica adquirida por habitante da região, salvo esteja este exposto em virtude do trabalho.

Nos dizeres de Sebastião Geraldo de Oliveira, “o acidente caracteriza-se pela ocorrência de um fato súbito e externo ao trabalhador, ao passo que a doença ocupacional normalmente vai se instalando insidiosamente e se manifesta internamente, com tendência de agravamento”<sup>24</sup>

Além disso, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil consagrou a teoria da responsabilidade sem culpa ou da culpa presumida, garantindo o direito à reparação àqueles expostos às atividades de risco, desde que presente o nexo causal entre o dano e o agente nocivo ou de risco. São as chamadas atividades de risco, em que o trabalhador possui um ônus maior que os demais trabalhadores de outras atividades.

Dessa forma, o empregador estaria passível de responsabilização civil nos casos de acidente do trabalho e suas equiparações, bem como nas doenças ocupacionais e nas atividades de risco.

No entanto, é claro que há hipóteses de atenuação ou de exclusão da responsabilidade, como nos casos de culpa exclusiva do trabalhador ou concorrente ou quando houver força maior ou caso fortuito. Tal afirmação está em conformidade com Mauricio Godinho Delgado, para quem “a exclusão responsabilizatória incidirá apenas quando se tratar de causa única do infortúnio, uma vez que, tratando-se de simples concausa, sua ocorrência pode somente atenuar o valor da indenização.”<sup>25</sup>

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO**

### **4.1 Benefício previdenciário *versus* indenização por acidente do trabalho**

Ocorrido o acidente de trabalho, os empregadores e empregados têm a falsa ideia de que as reparações devidas ao empregado estão limitadas ao benefício previdenciário

---

<sup>24</sup>OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. São Paulo: 2013, p.50-51.

<sup>25</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p.695.

do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). Os primeiros, por comodidade, que creem que a Previdência Social cobrirá todos os riscos, enquanto os últimos desconhecem, em virtude de a regulamentação acerca do tema estar imiscuída na legislação previdenciária.

Ora, há dispositivo constitucional claramente dispondo que a reparação civil independe<sup>26</sup> do benefício previdenciário. Assim, ocorrendo o acidente de trabalho ou doença ocupacional, a Previdência Social arcará com o auxílio-doença acidentário (agora chamado *auxílio por incapacidade temporária*), a partir do 16º dia em que o empregado estiver sem trabalhar. Tal auxílio corresponde ao importe mensal relativo a 91% do salário de benefício<sup>27</sup> e o trabalhador, durante o gozo do auxílio-doença, será considerado pela empresa como licenciado.

Em paralelo ao benefício previdenciário, o trabalhador que sofreu o acidente possui direito à reparação, tenha o acidente provocado sequelas ou não, conforme disposto no Código Civil, nos arts. 949 e 950.

O art. 949 trata do direito do trabalhador de receber a indenização pelas despesas do tratamento e dos lucros cessantes (o que deixou de receber, enquanto afastado do trabalho), como salário, gratificações e gorjetas. Em tais casos, portanto, não há sequelas decorrentes do acidente.

Já o art. 950 prevê os casos em que houve sequelas, ou seja, em que ocorreu invalidez permanente para o labor. Aqui, a indenização deverá englobar o dano emergente (aquilo que efetivamente se perdeu) e os lucros cessantes relativos às despesas com o tratamento; a pensão correspondente à incapacidade do trabalho; o pagamento mensal ao empregado que necessite de auxílio de outra pessoa para praticar atos da vida diária; a indenização pelos ganhos extras que deixou de receber (gorjetas, comissões ou gratificações); e a indenização por dano moral e/ou estético. Cabe à prova pericial atestar o grau de invalidez do acidentado.

---

26 Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, **sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa**

27 O salário de benefício é o valor básico utilizado para cálculo da renda mensal inicial dos benefícios de prestação continuada (benefício previdenciário), exceto o salário-família, a pensão por morte, o salário-maternidade e os demais benefícios da legislação especial. Corresponde à média dos salários de contribuição do segurado.



Poderá o empregado exigir que tais pagamentos indenizatórios sejam feitos de uma só vez, mediante arbitramento do juiz, conforme disposto no parágrafo único do dispositivo tratado.

Vê-se, portanto, a existência de dois tipos de indenizações: a previdenciária (decorrente de responsabilidade objetiva) e a civil (decorrente de responsabilidade subjetiva). Ocorre que há divergência quanto à possibilidade de que haja compensação entre tais indenizações.

A primeira posição entende que o empregador apenas pagará a diferença entre o valor pago pelo INSS e o valor que o empregado teria direito se estivesse trabalhando, com vistas a evitar que o empregado não receba mais do que deveria, em decorrência do acidente. Dessa forma, o trabalhador não receberia mais que o dano causado. Para essa corrente, ainda, a lei, ao estabelecer que o pagamento previdenciário não exclui a responsabilidade civil do empregador, não teria vedado o abatimento ou dedução entre tais indenizações, justamente para evitar o enriquecimento indevido da vítima.

Já a segunda posição, adotada majoritariamente pelos tribunais, dispõe não haver qualquer dedução sobre a reparação civil, do valor pago pela Previdência, pois não se pode impor restrições, quando a lei sequer o fez. Enquanto o benefício previdenciário independe de culpa ou dolo dos atos praticados contra o trabalhador, a responsabilidade civil do empregador não prescinde de culpa ou dolo.

São, portanto, indenizações decorrentes de causas distintas, apresentando naturezas próprias. Enquanto uma emerge do seguro social, a outra emerge de comportamento ilícito do empregador:

Administrativo e processual civil. Responsabilidade civil do estado. Ação indenizatória. Danos materiais cumulação com pensão previdenciária. Possibilidade. A jurisprudência desta Corte e disposta no sentido de que **o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto, ambos têm origens distintas**. Este, pelo direito comum; aquele, assegurado pela Previdência. A indenização por ato ilícito e autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. [...] STJ. 2ª Turma. AgRg no AgRg no REsp n. 1292983/AL, Rel.: Ministro Humberto Martins, *DJ* 7 mar. 2012.28

---

28Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21374651/inteiro-teor-21374652>. Acesso em 02 abr. 2023.

Recurso de revista. Danos materiais. Lucros cessantes. Pensão. Cumulatividade da pensão paga pelo empregador com benefício previdenciário. **A indenização decorrente de acidente de trabalho não pode ser compensada com o auxílio-acidentário pago pela Previdência Social, a luz do próprio art. 7º, XXVIII, da Carta Magna que garante ao empregado seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.[...].** O seguro de acidente do trabalho não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos; apenas são concedidos benefícios para garantir a sobrevivência da vítima e/ou seus dependentes, como ocorre com todos os demais segurados da Previdência Social' (Sebastião Geraldo de Oliveira, Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008). (...) Recurso de revista conhecido e provido. TST. RR n. 369/2007-005-24-00.8, Rel.: Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DJ 6 nov. 2009.29

Da mesma forma se posiciona grande parte da doutrina, a exemplo:

Qualquer que seja, portanto, o grau de culpa, terá o empregador de suportar o dever indenizatório, segundo as regras do Direito Civil, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social. Somente a ausência total de culpa do patrão (em hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva de vítima ou de terceiro) é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária<sup>30</sup>.

Por fim, saliente-se que o prazo prescricional para a cobrança de créditos resultantes das relações trabalhistas é de 5 anos, até o limite de 2 anos após a extinção do contrato de trabalho, contados da ciência inequívoca da incapacidade laboral (conforme Súmula nº

---

<sup>29</sup>Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5680920>. Acesso em 02 abr. 2023.

<sup>30</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. vol.4.12. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 319

23031 do STF), não se aplicando o prazo do Código Civil de 3 anos (art. 206, § 3º, inciso V), por versar sobre lesões de natureza civil.

#### 4.2 Da importância do *compliance* para evitar acidentes trabalhistas

Antes de tudo, devemos considerar o *compliance* como um

[...] conjunto de procedimentos e boas práticas, realizados de forma independente, no âmbito das organizações, para identificar os riscos operacionais e legais, estabelecendo mecanismos internos de prevenção, gestão, controle e reação frente aos mesmos<sup>32</sup>.

O *compliance*, portanto, possui um nítido viés preventivo, no sentido de diminuição dos riscos, mas também apresenta um caráter repressivo, na busca de abrandamento dos prejuízos vindouros, de modo que estes não custem mais do que deveriam. Em termos práticos, os prejuízos a serem evitados podem ser tanto de ordem material quanto de ordem reputacional para a atividade.

Para tanto, conforme lecionam Iuri Pinheiro, Vólia Bonfim e Fabrício Lima Silva<sup>33</sup> é de suma importância a escolha criteriosa daqueles responsáveis por implementarem os programas de *compliance* no âmbito trabalhista, seja por meio de uma única pessoa, como é o caso do diretor de compliance, seja por meio de um órgão específico, como um comitê, sendo imprescindível que possuem autonomia e independência.

É aqui que entra em jogo o respeito às diversas normas atinentes à segurança e medicina do trabalho, normas estas de caráter público, saliente-se. Quer isso dizer que a tentativa de flexibilização de tais normas através de convenções ou acordos coletivos constitui objeto ilícito.

Assim, é dever do empregador o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, como é o caso das diversas Normas Regulamentadoras (NR), além da instrução dos seus empregados, como, por exemplo, quanto à utilização dos equipamentos

---

<sup>31</sup> A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade.

<sup>32</sup>BONFIM, Vólia; PINHEIRO, Iuri; SILVA, Fabrício Lima. **Manual de Compliance Trabalhista**: teoria e prática. 2. ed., ver., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.50.

<sup>33</sup> Idem, p. 90-91.

de proteção individual (EPI), não bastando o mero fornecimento<sup>34</sup>. É dever, também, do empregador facilitar a fiscalização das autoridades competentes e acatar todas as determinações emanadas pelos mesmos.

Os empregados, de igual modo, têm o dever de obedecer às normas de segurança e medicina do trabalho, além de colaborar com os empregadores, sob pena de serem dispensados por justa causa.

A atuação das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA) está diretamente ligada à presente temática. Composta por empregados e empregadores e obrigatórias para estabelecimentos acima de 20 empregados e também para aqueles que exerçam atividades rurais, a CIPA tem como objetivo principal “inspecionar e evidenciar nos ambientes de trabalho os riscos à saúde e segurança das pessoas. É uma comissão que deve solicitar, planejar, implantar e manter medidas preventivas que eliminem ou reduzam os riscos”<sup>35</sup>.

O exposto acima demonstra a finalidade humanitária das técnicas de *compliance*: busca-se proteger a integridade física e mental do trabalhador. Mas não apenas isso, pois tais técnicas impactam diretamente o fator econômico do empregador, através da diminuição de eventuais ações judiciais movidas pelos empregados, que requerem indenizações exorbitantes para compensar os danos causados pela displicência do empregador ao cumprir as normas de segurança trabalhistas.

As medidas de *compliance* guardam forte relação com o âmbito previdenciário, pois afetam diretamente o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e o Risco Ambiental de Trabalho (RAT). O RAT consiste em uma contribuição previdenciária de 1%, 2% e 3% para atividades de risco leve, médio e grave, respectivamente, que incidem sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada, aos segurados empregados e aos trabalhadores avulsos.

Já o FAT consiste em um índice incidente sobre o RAT que pode tanto beneficiar as empresas que apresentem baixo índice de acidentes de trabalho, quanto prejudicá-las, com um índice majorado, quando as empresas apresentam altos índices acidentários. O

---

<sup>34</sup>Súmula 289 TST: O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

<sup>35</sup>ONSAFETY. **Quais são as atribuições da CIPA?**

Disponível em: <https://podcasters.spotify.com/pod/show/onsafety/episodes/Quais-so-as-Atribuies-da-CIPA-e114I92/a-a5jsmbd>. Acesso em 02 abr. 2023.

FAT, assim, tanto pode majorar o RAT até o limite quanto pode reduzi-lo, a depender da empresa, sendo de suma importância o baixo índice de acidentes dentro da empresa<sup>36</sup>.

Percebe-se, portanto, o caráter multifacetário do *compliance*, sendo imprescindível que os responsáveis por tal tarefa detenham amplo conhecimento empresarial, trabalhista, previdenciário e de gestão.

## 5 CONCLUSÃO

Como acima exposto, o trabalho buscou abordar, de modo detalhado, cada uma das minúcias que permeiam a temática da responsabilidade civil e de seus deslindes na seara trabalhista, que bebe da mesma fonte que o Direito Civil, desde o conceito do que seria responsabilidade civil e acidente de trabalho, até as suas aplicações práticas, com vistas a reparar o trabalhador.

Sendo assim, constatou-se a existência de duas espécies de responsabilidade jurídica – objetiva ou subjetiva –, que coexistem no ordenamento jurídico brasileiro, cada qual com as suas peculiares especificações e dispositivos legais próprios.

Viu-se, também, que o trabalhador, ao sofrer um acidente do trabalho, ou qualquer caso equiparado a aquele, como as doenças ocupacionais ou outra hipótese expressamente disposta em lei, possui direito à dupla reparação, qual seja a do INSS e, caso comprovada a culpa ou o dolo do empregador, a advinda da previsão constitucional, daí surgindo intensa divergência acerca da possibilidade, ou não, de sua cumulação ou dedução, para, enfim, chegar-se ao debate acerca da compatibilidade entre o dispositivo civil que regula a responsabilidade objetiva e o dispositivo constitucional que expressa um patamar mínimo para reparação do trabalhador, qual seja o da responsabilidade subjetiva.

Percebe-se, portanto, a patente importância que há em aplicar e abordar a responsabilidade civil na seara trabalhista, de forma a não deixar o trabalhador sem a devida reparação, bem como em superar as diversas controvérsias sobre se tais reparações devem ser devidas ou não. Ora, paira entre nós o princípio da condição e da norma mais favorável ao trabalhador, de modo que não se pode restringir os direitos trabalhistas, naquilo em que nem mesmo a própria Constituição Federal limitou, dando-se ao ordenamento jurídico aquela interpretação mais benéfica ao trabalhador.

---

<sup>36</sup> Para mais detalhes, cf: RIGON, Vinicius Riguete; TURINA, Anderson Olívio. **A modernização das relações de trabalho e seus impactos previdenciários**: o trabalho intermitente e o cálculo do índice FAP. Revista Legislação do Trabalho – Ltr. São Paulo. Ano 81. nº 12. dez.2017, p.1476.

Por fim, foi analisado o impacto direto e positivo que o “estar em *compliance*” gera para evitar acidentes trabalhistas, maiores passivos trabalhistas e cobranças menos onerosas no âmbito previdenciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOTTI, Monique. A responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 109-124, mar./abr. 2014.

BONFIM, Vólia; PINHEIRO, Iuri; SILVA, Fabrício Lima. **Manual de Compliance Trabalhista: teoria e prática**. 2. ed., ver., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso 02 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 02 abr. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. vol. 3. 14. ed. São Paulo: 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. vol.4.12. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. São Paulo: 2013.

ONSAFETY. **Quais são as atribuições da CIPA?**

Disponível em: <https://podcasters.spotify.com/pod/show/onsafety/episodes/Quais-so-as-Atribuies-da-CIPA-e114l92/a-a5jsmbd>. Acesso em 02 abr. 2023.

RIGON, Vinicius Riguete; TURINA, Anderson Olivio. A modernização das relações de trabalho e seus impactos previdenciários: o trabalho intermitente e o cálculo do índice FAP. **Revista Legislação do Trabalho – Ltr**. São Paulo. Ano 81. nº 12. dez.2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. **AgRg no AgRg no REsp n. 1292983/AL**, Rel.: Ministro Humberto Martins, DJ 7 mar. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21374651/inteiro-teor-21374652>. Acesso em 02 abr. 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR n. 369/2007-005-24-00.8**, Rel.: Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DJ 6 nov. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/5680920>. Acesso em 02 abr. 2023.



## DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RELATIVIZAÇÃO NO COMBATE DAS FAKE NEWS

### **RODRIGO SILVEIRA CHUNG:**

Presidente da Associação de Defesa de Direitos Digitais (ADDD). Graduado em Direito pela Faculdade Boa Viagem (FBV). Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM/RJ)<sup>37</sup>.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo realizar breves considerações sobre o direito à liberdade de expressão e a relativização no combate das chamadas notícias falsas (*fake news*). Dessa forma, indaga-se: o direito de liberdade de expressão é absoluto? Quais os impactos das notícias falsas na democracia sob a ótica do direito fundamental da liberdade de expressão? Existe responsabilização na propagação de *fake news*? Nesse intento, busca-se debater os limites da liberdade de expressão em colisão desse direito com outros de mesmo *status*.

**Palavras-chaves:** Direito Constitucional. Liberdade de Expressão. Combate das Fake News.

### **Introdução**

O presente artigo tem como tema o “direito de liberdade de expressão e a relativização no combate das fake news”.

A manifestação do pensamento é livre e garantida pela Constituição Federal, não aludindo a censura prévia, salvo o anonimato (conforme o art. 5º, IV c/c art. 220 da Carta Política) e os casos previstos em lei que atentam contra o sentimento de tranquilidade pública e a convicção de segurança social que é a base da sociedade civil.

---

<sup>37</sup> Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Capital Federal (FECAF). Pós-graduado em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Foi membro da Comissão de Direito do Trabalho (CDT), da Comissão de Direito da Tecnologia e da Informação (CDTI) e da Subcomissão de Proteção de Dados Pessoais da OAB/PE. Foi aprovado no Exame de Ordem Unificado 2010.1 realizado pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE). Advogado licenciado. Foi Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Estado Ceará. É Assessor Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ex-Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).



Dito o exposto, o confronto entre a liberdade de pensamento e o combate das fake News será analisado no corpo do trabalho.

## **1 Liberdade de expressão: história e preceito constitucional.**

A História brasileira foi marcada por períodos de ditaduras e vedações ao pensamento e a manifestação popular. O povo por muito tempo foi visto como elemento secundário e coadjuvante na construção do país. Foram épocas de ditaduras e repressão intercaladas por períodos democráticos. As diversas constituições brasileiras vêm comprovar tal fato.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>38</sup> lembra que:

“Durante longos séculos, todas as publicações dependeram de autorização governamental, cientes os poderosos do tempo da força da palavra escrita, o meio de comunicação de massa ao tempo existente. Essa autorização se era dada após a censura da obra, que conforme o tempo, se fazia com rigor maior ou menor”.

O Brasil, no início como nação, já era atrelado a repressão com a Constituição de 1826, outorgada pelas forças imperiais. Mais tarde, em 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a segunda constituição do Brasil e primeira no sistema republicano de governo, marcando a transição da monarquia para a repúblicas, emitindo sinais de mudança, assim como o foi feito em 1934, fazendo renascer a esperança de novo tempo, popular, de participação e respeito ao povo.

No entanto, em 1937, a Constituição foi outorgada (imposta). Em 1946 torna-se a ser promulgada, surgindo, novamente, a esperança de épocas democráticas, que logo é frustrada pelas Constituições de 1967 e 1969, outorgadas pela Ditadura militar, e depois de muito sofrimento e repressão, uma época de anulação total dos direitos dos cidadãos, depois de muitas manifestações e sofrimento popular, vai dando espaço para a promulgação da Constituição de 1988, defensora da Democracia, deste processo que enaltece a liberdade de opinião e mais do que isso acredita que só assim, com a livre manifestação do pensamento, é que se constrói uma Sociedade.

É neste contexto que dispõe o art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal combinado com o art. 220, conforme a seguir:

---

<sup>38</sup> Curso de direito constitucional. 38ª. ed., São Paulo, Editora, Saraiva, 2012, versão digital, não paginado.

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

A professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>39</sup> afirma que “A liberdade de expressão é um direito genérico que abarca diversos direitos conexos, pois engloba, também, a liberdade de manifestação de pensamento” e dentre outros como “de comunicação; de informação; de radiodifusão, que podem ser manifestadas, por exemplo, em diálogos, palestras, debates, discursos, cartas, telefonemas, livros, artigos de jornais, em meios televisivos e radiofônicos, poemas, músicas e outros meios que possam difundir um pensamento, uma opinião”.

Como se nota, são de fundamental importância esta liberdade de expressão que durante anos foi tolhida, proibida e hoje encontra-se em processo de consolidação, apoiado, exatamente, na livre manifestação de opinião, argumentos, pensamentos, ideias, porque no momento que isto já não mais existir ou sofra qualquer tipo de ameaça precisaremos ficar atentos, preocupados, pois neste momento o processo democrático encontra-se em grave risco de sucumbir e por consequência atos do passado voltarem a existir e imperar na nossa sociedade, como por exemplo a repressão.

Entretanto, essa manifestação de pensamento deve ser identificada por seus respectivos autores, pois a opinião por anonimato representa também risco e problemas para a sociedade, por isso a Carta Magna veda o anonimato, podendo o autor responder por danos eventuais a terceiros.

Sendo assim, a Carta Magna brasileira vigente veda a censura da palavra escrita, declarando independente de censura ou licença do Poder Público, porém a vedação ao anonimato é uma forma de controle de eventuais abusos praticados por terceiros.

---

<sup>39</sup> Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 588.

## 2 A relatividade da liberdade de expressão

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco expõem em sua obra<sup>40</sup> que “A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*”.

Desse modo, “Os direitos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.” (STF-RT, 709/418; STJ, 6ª T., RHC nº 2.777-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, Ementário 08/721).

Neste sentido, o professor José Afonso da Silva<sup>41</sup> adverte que:

“A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identifica-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato.”

A propósito, o Alexandre de Moraes também já enunciava em sua obra de Direito Constitucional<sup>42</sup> que:

“Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.”

Logo, a liberdade de expressão, como direito fundamental, vincula-se à premissa democrática da manifestação de ideias, opiniões, pensamentos etc., sem a prévia censura estatal, trazendo consigo a responsabilidade do emitente pelo conteúdo da mensagem.

---

40 Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 306.

41 Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª Edição, Editora Malheiros, 2005, p. 245.

42 Direito Constitucional, 26ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2010, p. 44.

Em arremate, a Profa. Regina N. Ferrari esclarece que é impossível aceitar que o direito à liberdade de expressão e o de informação sejam absolutos, pois, como instrumento de realização pessoal e de formação de opinião democrática, devem respeitar, entre outros, o direito de personalidade, o direito à imagem, ao bom nome e reputação, à intimidade privada, principalmente porque a expressão ou informação falsa não recebe a proteção do sistema jurídico brasileiro, na medida em que, incorreta, possibilita influenciar a opinião pública e prejudicar o processo democrático<sup>43</sup>.

### **3 Os impactos das notícias falsas ("fake news") na democracia sob a ótica do direito fundamental da liberdade de expressão.**

A expressão "notícias falsas", sendo também muito comum o uso da terminologia em inglês *fake News*, eclodiu "quando se ficou sabendo que a legitimidade da eleição de Donald Trump para o governo dos EUA poderia ter sido afetada por notícias fabricadas por agentes russos, comprovando que a difusão massificada de material informacional falso pode inclusive afetar os regimes democráticos"<sup>44</sup>.

Assim, a divulgação de notícias falsas consiste na propagação deliberada de conteúdo intencionalmente enganoso com o objetivo de se obter ganhos financeiros e políticos por meios de comunicação, principalmente na Internet.

Diante esse cenário, surgiram debates sobre a liberdade de expressão e da imprensa na medida em que as informações que desinformam passaram a impactar a opinião pública de forma efetiva, influenciando o futuro dos países, a exemplo das eleições<sup>45</sup> norte-americanas de 2016, das eleições brasileiras de 2018 e o resultado do plebiscito que decidiu a saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit).

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa expõem com clareza sobre os limites da liberdade de expressão no artigo publicado no Consultor Jurídico<sup>46</sup>:

---

<sup>43</sup> *Op. cit.* P. 588.

<sup>44</sup> Vide artigo publicado "A nova lei alemã que obriga provedores de redes sociais a remover conteúdo publicado por usuários.: Um modelo para o Brasil?, na Revista Jus Navigandi, em 20.01.2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63533>.

<sup>45</sup> Vide artigo "A Influência das Fake News nos processos eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos", disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/27577/380-Artigo-GIOVANA%20R%20SOUZA.....pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>46</sup> Ver artigo publicado no portal Consultor Jurídico, em 22.07.2022, acessível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-22/aury-morais-rosa-direito-garantido-conjur-25-anos>.

“A colocação de ideias, opiniões, sentimentos, pensamentos em circulação é um Direito Fundamental associado aos deveres de boa-fé objetiva, de integridade, de responsabilidade, de lealdade, de verdade do emissor do discurso quanto ao conteúdo, justamente porque não se pode confundir o Direito Fundamental do ‘ato de dizer’ e o ‘conteúdo do dito’. Embora o Estado não seja o dono da verdade, nem possa assumir democraticamente o monopólio da verdade, as condutas que extrapolam os limites da liberdade de expressão podem ser objeto de intervenção estatal por meio de restrições administrativas, civis e criminais, justamente para o fim de coibir condutas tendentes à manipulação do escopo da liberdade de expressão. Do contrário, os tipos penais de ameaça, racismo, antissemitismo, difamação, dentre outros, sempre estariam cobertos pela liberdade de expressão, o que é inválido. Em consequência, a liberdade de expressão aceita que o conteúdo da mensagem, no contexto, possa assumir um dos dois valores (a) coberto; ou, (b) descoberto. Aliás, por isso não há Direito Fundamental de Liberdade de Expressão no contexto de *fake news*, dada a responsabilidade prévia quanto ao conteúdo da mensagem, como se verifica na disseminação irresponsável, com malícia real, de teorias imaginárias e conspiratórias quanto à integridade das urnas eletrônicas (logo, descobertos pela liberdade de expressão).”

Dessa maneira, a problemática das notícias falsas não reside somente junto a comunicação em larga escala ou de autoritarismo como também se adequa num cenário digital e de democracia. A partir da internet surgiram condições tecnológicas que contribuiriam para a criação de uma sociedade em rede e, a seu turno, de uma prática de comunicação em rede, que proporcionou um espaço de expressão livre onde praticamente qualquer informação poderia ser produzida, transmitida e recebida<sup>47</sup>.

Assim, as notícias falsas podem influenciar uma democracia por meio de manipulação de informações inverídicas capazes de causar “danos irreparáveis” a candidatura de outro concorrente<sup>48</sup> por meio de um “fundo eleitoral” que financia o disparo em massa de mensagens falsas nas redes sociais, segundo Fabro Steibel, diretor-

---

<sup>47</sup> CARDOSO, Gustavo. “As Fakes News e a Pós-Verdade”, 2018, p. 16. Disponível em: <https://obercom.pt/wp-content/uploads/2018/06/2018-Relatorios-Obercom-FakeNews.pdf>.

<sup>48</sup> Vide notícia publicada no Portal IG, em 03.08.2022, acessível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2022-08-03/fux-propagar-fake-news-danos-irreparaveis-candidatos-eleicoes.html>

executivo do ITS-Rio (Instituto de Tecnologia e Sociedade)<sup>49</sup>. Outro caso recente de impacto das Fake News é a luta do Chile para combater as notícias falsas sobre plebiscito de nova Constituição<sup>50</sup>.

Logo, o crescente aumento de *sites* com notícias falsas anonimamente hospedados e a falta de editores conhecidos ocasiona a dificuldade de responsabilizar os autores das mensagens, assim como em decorrência do compartilhamento irrestrito de seus conteúdos com extrema rapidez e abrangência, fazendo com que as mídias disponibilizassem, p. ex., serviços de checagem do que é notícia (fato) e o que é falso (fake)<sup>51</sup>.

Neste contexto, o papel desempenhado pela mídia, em suas mais diversas esferas de atuação (internet, tevê, rádio e jornais), possui inegável contribuição para a manutenção e evolução da democracia – e do próprio Estado Democrático como um todo –, seja em aspectos culturais, sociais, econômicos ou geográficos, como por exemplo, ajudar os cidadãos a compreender os muitas vezes complicados processos do governo, conscientizar as pessoas de como as decisões tomadas nos níveis mais altos as afetarão, além de possuir um importante papel de supervisão, às vezes expondo a corrupção<sup>52</sup>, mediante críticas às Instituições e aos Governantes.

Entretanto, isso não implica em dizer que ela possa manipular, ainda que de maneira disfarçada, tudo aquilo que é veiculado, com o escopo de movimentar a sociedade num determinado caminho, muitas vezes com manchetes sensacionalistas, exageradas ou evidentemente falsas para chamar a atenção.

A mídia exerce um papel fundamental para a compreensão da sociedade e seu processo político fundamental e, mais do que nunca, em um contexto de hiperaceleração e infinidade de fontes de informação, canais sérios e confiáveis são a principal arma para reduzir os danos das manipulações (*fake news*), garantir a liberdade de expressão (com

---

49 Vide notícia publicada no UOL, em 25.08.2022, acessível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/08/25/uol-news-manha.htm>

50 Ver notícia publicada na Folha de São Paulo, em 30.08.2022, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/08/chile-luta-para-combater-fake-news-sobre-plebiscito-de-nova-constituicao.shtml>

51 Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/>

52 Vide artigo “Quer uma democracia? Mantenha a imprensa livre e ativa”, publicado no site *ShareAmerica*, em 29.04.2020, acessível em: <https://share.america.gov/pt-br/quer-uma-democracia-mantenha-imprensa-livre-e-ativa/>



responsabilidade) e servir de importantíssimo instrumento de controle contra o abuso estatal e de seus agentes<sup>53</sup>.

Dessa forma, por meio da divulgação do desconforto social para com os representantes democráticos, tem-se alcançado, com o auxílio da mídia, significativas transformações no campo jurídico-legal e político-social. A luta pela idealização do Estado Democrático é constante, vez que é seu dever/função assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre os quais, exemplifica-se, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a própria justiça<sup>54</sup>.

#### **4 A responsabilização diante da propagação de *fake News***

O enfrentamento de conteúdos ilegítimos e inautênticos demandam algum tipo de regulação. Nesse intento, a Câmara dos Deputados tem 50 propostas que buscam combater, limitar a disseminação ou mesmo criminalizar notícias falsas (*fake news*)<sup>55</sup>. Um dos principais projetos de lei é o PL 2630/2020, também conhecido como "PL das Fake News", cuja proposta visa combater desinformação na internet e a responsabilização das plataformas pela publicação de fake News.

Neste sentido, observa-se como primeiro esforço de discussão legal-normativa neste tema foi o Marco Civil da internet, instituído pela Lei 12.965/2014, no qual o parágrafo 4º do artigo 19 prevê a possibilidade de ser pleiteada judicialmente, em regime de tutela antecipada, a intervenção jurisdicional no caso de "existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

Consoante se verifica são necessários esforços distintos e coordenados para combater a produção e disseminação de fake news, nos quais deve-se aprimorar os

---

<sup>53</sup> Ver artigo publicado no portal Consultor Jurídico, em 22.07.2022, acessível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-22/aury-morais-rosa-direito-garantido-conjur-25-anos>.

<sup>54</sup> Artigo "O papel da mídia na construção da democracia, cidadania e justiça no mundo globalizado: um estudo voltado aos efeitos das ações de imprensa e micropolíticas fundadas no espaço local", de autoria de Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo e Alexandre Jaenisch Martini, Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 30 e 31 de maio e 01 de junho de 2012, disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/28.pdf>

<sup>55</sup> Vide notícia publicada na Agência Câmara de Notícias, em 01.06.2020, acessível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>

dispositivos legais que se regulamentam o tema, tanto na forma de positivar a abrangência dos danos causados pelas milícias digitais quanto da tipificação estrita do crime, e do agente criminoso, imputando-o a obrigação de reparação social ao dano causado, na forma da lei. Além disso, considerando atendidos aos pressupostos de legalidade e legitimidade em norma própria, pode-se avançar para um segundo plano de combate às fake news, que está mais ligado a criação ou implementação de sistemas tecnológicos que não só auxiliem na identificação das fake news para impedir a sua disseminação, mas que permitam o rastreamento das operações de milícias digitais, para que assim seja possível a responsabilização do agente orquestrador dessa conduta, que passa a ser tipificada como um crime pelo conjunto normativo<sup>56</sup>.

Por outro lado, não se pode deixar de observar a responsabilidade que as plataformas digitais possuem no contexto de disseminação das notícias falsas. Neste sentido:

“Uma rede social não é uma praça pública, um local de domínio público, mas um sistema informatizado privado, controlado por uma empresa privada, que deve ser obrigada a assumir responsabilidade pelo que transita em seu ambiente digital. Conteúdos que incitem o ódio, a violência, o extremismo e que propiciam o divisionismo social podem (e devem) ser filtrados pelo provedor. É preciso rever o papel dos provedores de hospedagem de conteúdo na Internet na prevenção e remoção de material informacional ilícito.”<sup>57</sup>

Logo, se faz necessário impor limites à liberdade de expressão do pensamento quando direito é exercido incitando-se o discurso de ódio ou disseminando inverdades, cabendo, enquanto não houver um mecanismo eficaz no combate as fake News, atribuir as plataformas digitais a responsabilidade na contenção de conteúdo ilícitos.

## Conclusões

---

<sup>56</sup> Vide artigo “Pelo direito à realidade, é preciso conter as milícias digitais e as fake News” publicado no Consultor Jurídico, em 11.03.2022, de autoria de Ergon Cugler, Vitor Santos e Anderson Ribeiro, acessível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/opiniao-direito-realidade-preciso-conter-milicias-digitais>

<sup>57</sup> Ver artigo “Empresas fazem o que os políticos deixaram de realizar: atribuir responsabilidade editorial ao Facebook”, publicado na Revista Jus Navigandi, de autoria de Demócrito Reinaldo Filho, em 16.07.2020, acessível em: <https://jus.com.br/artigos/83584/empresas-fazem-o-que-os-politicos-deixaram-de-realizar-atribuir-responsabilidade-editorial-ao-facebook>



Os pressupostos que dirigem este trabalho aqui apresentado na análise do direito à liberdade de expressão e a livre manifestação de um pensamento, opinião, críticas, ideias etc. como garantia prevista na Carta Magna, não sendo permitido a censura prévia.

Entretanto, os abusos eventuais ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de análise e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes, inclusive, de publicação de fake News na mídia, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Nesta perspectiva, o direito à liberdade de manifestação do pensamento – como espécie da liberdade de expressão – constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e engloba não só as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, enfim, pôr em risco a paz pública, então assegurada pelo ordenamento jurídico, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamento, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

Portanto, a livre manifestação da liberdade de expressão encontra limites conferidos pelo ordenamento jurídico para coibir a manifestação de notícias falsas, com o intuito de desrespeito à vida privada, à intimidade, à honra de outrem; ou ainda, com a intenção de subverter a ordem jurídica, o regime democrático e o bem-estar social.

#### **4 Referências**

- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de direito constitucional. 38<sup>a</sup>. ed., São Paulo, Editora, Saraiva, 2012, versão digital.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7<sup>a</sup> edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 26<sup>a</sup> ed., Editora Atlas, São Paulo, 2010.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25<sup>a</sup> Edição, Editora Malheiros, 2005.

Publicações na internet

“A nova lei alemã que obriga provedores de redes sociais a remover conteúdo publicado por usuários.: Um modelo para o Brasil?, na Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23 , n. 5316, 20.01.2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63533>.

“A Influência das Fake News nos processos eleitorais do Brasil e dos Estados Unidos”, disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/27577/380-Artigo-GIOVANA%20R%20SOUZA.....pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Artigo publicado no portal Consultor Jurídico, em 22.07.2022, acessível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-22/aurymoraisrosa-direito-garantido-conjur-25-anos>.

Artigo “As Fakes News e a Pós-Verdade”, 2018. Disponível em: <https://obercom.pt/wp-content/uploads/2018/06/2018-Relatorios-Obercom-FakeNews.pdf>.

Notícia publicada no Portal IG, em 03.08.2022, acessível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2022-08-03/fux-propagar-fake-news-danos-irreparaveis-candidatos-eleicoes.html>

Notícia publicada no UOL, em 25.08.2022, acessível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/08/25/uol-news-manha.htm>

Notícia publicada na Folha de São Paulo, em 30.08.2022, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/08/chile-luta-para-combater-fake-news-sobre-plebiscito-de-nova-constituicao.shtml>

Artigo “Quer uma democracia? Mantenha a imprensa livre e ativa”, publicado no site *ShareAmerica*, em 29.04.2020, acessível em: <https://share.america.gov/pt-br/quer-uma-democracia-mantenha-imprensa-livre-e-ativa/>

Artigo “O papel da mídia na construção da democracia, cidadania e justiça no mundo globalizado: um estudo voltado aos efeitos das ações de imprensa e micropolíticas fundadas no espaço local”, de autoria de Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo e Alexandre Jaenisch Martini, Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 30 e 31 de maio e 01 de junho de 2012, disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/28.pdf>

Notícia publicada na Agência Câmara de Notícias, em 01.06.2020, acessível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>

Artigo “Pelo direito à realidade, é preciso conter as milícias digitais e as fake News” publicado no Consultor Jurídico, em 11.03.2022, de autoria de Ergon Cugler, Vitor Santos e Anderson Ribeiro, acessível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/opiniaodireito-realidade-preciso-conter-milicias-digitais>

Artigo “Empresas fazem o que os políticos deixaram de realizar: atribuir responsabilidade editorial ao Facebook”, publicado na Revista Jus Navigandi, de autoria de Demócrito Reinaldo Filho, em 16.07.2020, acessível em: <https://jus.com.br/artigos/83584/empresas-fazem-o-que-os-politicos-deixaram-de-realizar-atribuir-responsabilidade-editorial-ao-facebook>

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NO MUNDO

**GUSTAVO RAFFI RICKES:** Acadêmico de Direito na UFPel. Participa como bolsista do projeto de extensão "Direito Cuidativo" pela UFPel, fornecendo assistência jurídica a pessoas com problemas de saúde<sup>58</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo aborda os diferentes aspectos da jurisdição constitucional no Brasil e no mundo, abrangendo seus aspectos históricos, normativos e conceituais. Nesse sentido, é importante destacar que a Corte Constitucional é de suma importância para manutenção de um Estado Democrático de Direito que tem por base uma constituição, posto que protege a norma criadora do Estado, que dá base para todo ordenamento jurídico. Somado a isso, cabe pontuar que há diferentes modelos de jurisdição constitucional ao redor do globo, bem como diferentes graus de poder que são concedidos às respectivas Cortes Constitucionais dos diferentes países.

**Palavras-chave:** Jurisdição; constituição; ordem; Estado; democracia; história; mundo.

**ABSTRACT:** This article addresses the different aspects of constitutional jurisdiction in Brazil and around the world, covering its historical, normative and conceptual aspects. In this sense, it is important to highlight that the Constitutional Court is of paramount importance for maintaining a Democratic State of Law that is based on a constitution, as it protects the rule that creates the State, which provides the basis for the entire legal system. Added to this, it is worth noting that there are different models of constitutional jurisdiction around the globe, as well as different degrees of power that are granted to the respective Constitutional Courts of different countries.

**Keywords:** Jurisdiction; constitution; order; State; democracy; history; world.

### INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional tem se desenvolvido de forma significativa nas últimas décadas, com a criação de novos tribunais constitucionais e a expansão das competências desses tribunais. Hoje, mais de 120 países em todo o mundo possuem tribunais constitucionais ou outros órgãos jurisdicionais com competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

---

58 gurickes@gmail.com

Os tribunais constitucionais desempenham um papel fundamental na proteção da democracia e do Estado de Direito. Ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos que violam a Constituição, esses tribunais ajudam a garantir que os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos sejam respeitados.

Além disso, os tribunais constitucionais também desempenham um importante papel na interpretação da Constituição e no desenvolvimento da jurisprudência constitucional. Ao julgar casos concretos, esses tribunais ajudam a esclarecer o significado das normas constitucionais e a estabelecer novos precedentes jurisprudenciais, o que acontece também na situação do Brasil.

## **1.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO GLOBO**

A jurisdição constitucional surgiu na segunda metade do século XIX, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América. O modelo americano de jurisdição constitucional é o mais conhecido e difundido no mundo, e é baseado no controle difuso de constitucionalidade, que permite a qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Outro modelo de jurisdição constitucional é o controle concentrado, que é exercido por um tribunal constitucional específico, geralmente chamado de Supremo Tribunal. O controle concentrado é adotado por muitos países europeus, como Alemanha, Itália e França.

A jurisdição constitucional é um instrumento poderoso que pode ser utilizado para promover a democracia e a justiça social ao redor de todo o mundo. Os tribunais constitucionais do globo devem ser independentes e imparciais, e devem estar comprometidos com a proteção dos direitos fundamentais.

## **2.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ALEMANHA**

O Tribunal Federal Constitucional Alemão (TCFA) é um órgão jurisdicional independente dos demais poderes do Estado, com competência para julgar questões constitucionais. O tribunal foi criado em 1951, após a Segunda Guerra Mundial, com base nas concepções do jurista Hans Kelsen.

Kelsen defendia a necessidade de criação de uma Corte Constitucional com competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Essa Corte, segundo Kelsen, deve ser independente dos demais poderes do Estado e deve ter competência para julgar casos concretos e abstratos.

O TCFA foi criado com base nessas concepções. O tribunal é composto por 16 juízes, indicados pelo Bundestag (Parlamento alemão) e confirmados pelo Bundesrat (Conselho Federal). O TCFA tem competência para julgar casos concretos, em que uma lei ou ato normativo é contestado por uma parte interessada, e casos abstratos, em que uma lei ou ato normativo é contestado por um órgão público ou por um indivíduo. Ademais, o controle é de cunho misto, tanto preventivo ou a priori, quanto repressivo, a posteriori.

A criação do TCFA foi um marco importante na história da Alemanha. O tribunal tem desempenhado um papel fundamental na proteção da Constituição alemã e dos direitos fundamentais dos cidadãos. O TCFA já declarou a inconstitucionalidade de diversas leis e atos normativos, incluindo leis que violavam os direitos fundamentais à liberdade de expressão, à igualdade e à proteção da propriedade privada.

### 3.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

Em Portugal, a Constituição é a lei suprema, e todos os atos normativos inferiores devem estar em conformidade com ela. Para garantir a supremacia da Constituição, o sistema português de controle de constitucionalidade prevê dois tipos de controle: o controle concentrado e o controle difuso. O controle concentrado é realizado pelo Tribunal Constitucional, que tem a competência exclusiva de declarar a

inconstitucionalidade de leis, decretos-lei e quaisquer outros atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.

O controle concentrado pode ser realizado de duas formas:

- **Ação direta de inconstitucionalidade:** qualquer pessoa, desde que tenha legitimidade ativa, pode ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade contra um ato normativo que considere inconstitucional.
- **Fiscalização abstrata de constitucionalidade:** o Tribunal Constitucional pode, por sua própria iniciativa, ou a pedido do Presidente da República, do Governo ou de qualquer das Assembleias Legislativas Regionais, proceder à fiscalização abstrata de constitucionalidade de um ato normativo.

O controle difuso é realizado por todos os tribunais, que podem declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo quando este for aplicável a um caso concreto que esteja a ser julgado.

O controle difuso, por outro lado, pode ser realizado de duas formas:

- **Exceção:** qualquer das partes processuais pode suscitar a questão da inconstitucionalidade de um ato normativo, no âmbito do processo em que está envolvida.
- **Questão de constitucionalidade:** o tribunal pode, por iniciativa própria, ou a pedido de qualquer das partes processuais, suscitar a questão da inconstitucionalidade de um ato normativo, para que seja decidida pelo Tribunal Constitucional.

O sistema português de controle de constitucionalidade é um sistema equilibrado, que combina as vantagens do controle concentrado com as vantagens do controle difuso. É um sistema eficaz para garantir a supremacia da Constituição, mas apresenta alguns riscos que devem ser considerados.

#### 4.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA INGLATERRA

Na Inglaterra, exemplo de democracia forte, não há método de controle constitucional. O que prepondera, no sistema inglês, até pela falta de constituição escrita, não é a supremacia desta, mas sim a relevância ímpar do Parlamento. Nesse sentido, a falta de controle constitucional por uma corte especializada é pautada na falta de rigidez da constituição inglesa, posto que é costumeira, não tendo sido construída nos moldes escritos, formais e rígidos, sendo, de todo modo, flexível. A supremacia do Parlamento é um princípio controverso. Alguns juristas argumentam que o princípio é um obstáculo à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esses juristas defendem a adoção de um sistema de controle constitucional concentrado, em que um tribunal constitucional específico tenha competência para declarar a inconstitucionalidade de leis que violem os direitos fundamentais.

O *Human Rights Act* de 1998 é um estatuto do Parlamento que incorporou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao direito interno inglês. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é um tratado internacional que estabelece direitos e liberdades fundamentais para os cidadãos europeus. O *Human Rights Act* permite que os tribunais ingleses declarem a inconstitucionalidade de leis que violem a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O *Human Rights Act* tem sido um instrumento importante na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos ingleses.

O controle constitucional inglês enfrenta alguns desafios futuros. Um desafio é a expansão do poder do Supremo Tribunal de Justiça. O tribunal tem emitido decisões que têm ampliado o alcance dos direitos fundamentais. Isso tem sido criticado por alguns que argumentam que o tribunal está usurpando o poder do Parlamento. Os tribunais



ingleses têm um papel importante na interpretação da Constituição e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo com as controvérsias.

## **5.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA FRANÇA**

A França é um país com uma longa história constitucional, que remonta à Revolução Francesa de 1789. O princípio da separação dos poderes é um dos pilares do direito constitucional francês, e o controle constitucional é um importante instrumento para a sua proteção. O modelo francês, pós-revolucionário, plantado na rigidez da separação dos poderes, possuía feição política e não jurisdicional, somente com a Constituição de 1958 passou a ter um verdadeiro controle constitucional.

O controle constitucional na França é exercido pelo Conselho Constitucional, um órgão judicial independente composto por nove membros, que são nomeados pelo presidente da República, pelo presidente da Assembleia Nacional e pelo presidente do Senado. O Conselho Constitucional tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como para julgar a constitucionalidade de tratados internacionais. O controle constitucional na França é um sistema concentrado, o que significa que apenas o Conselho Constitucional tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

O controle constitucional na França é um sistema que tem sido criticado por alguns juristas, que argumentam que ele é um obstáculo à democracia. Esses juristas defendem a adoção de um sistema de controle constitucional difuso, em que qualquer juiz possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Apesar das críticas, o controle constitucional na França é um sistema que tem sido eficaz na proteção da democracia e dos direitos fundamentais dos cidadãos. A exemplo disso, em 1971, o Conselho Constitucional declarou a inconstitucionalidade de uma lei que proibia o aborto. Essa decisão foi uma vitória para os direitos das mulheres na França.

## **6.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS UNIDOS**

O controle constitucional nos Estados Unidos é um sistema de revisão judicial, no qual os tribunais têm o poder de declarar leis, atos do governo e decisões

administrativas inconstitucionais. Esse sistema foi estabelecido no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que ela tem o poder de declarar leis inconstitucionais.

O controle constitucional nos Estados Unidos é um sistema de controle difuso, o que significa que qualquer tribunal pode declarar uma lei inconstitucional se ela for aplicável

a um caso concreto que esteja sendo julgado. No entanto, a Suprema Corte tem a última palavra sobre questões constitucionais.

O controle constitucional nos Estados Unidos é um sistema importante para garantir a supremacia da Constituição. Ele ajuda a proteger os direitos individuais e a garantir que o governo opere de acordo com a lei.

Por fim, cabe destacar que é de suma importância o controle constitucional para manutenção da democracia americana. A exemplo disso, pode-se destacar o caso *Brown Board of Education*, no qual a Suprema Corte declarou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional.

## **7.A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

O controle de constitucionalidade é um sistema jurídico que garante a supremacia da Constituição. Ele permite que os tribunais declarem leis, atos do governo e decisões administrativas inconstitucionais se eles forem incompatíveis com a Constituição. No Brasil, o controle de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que é a nossa "Corte Constitucional". O STF é composto por onze ministros, que são nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

O objetivo do controle de constitucionalidade é garantir que a Constituição seja respeitada e que o governo não possa violar os direitos dos cidadãos. O STF desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais e na garantia da democracia no Brasil. O controle de constitucionalidade, especialmente o controle abstrato por ação direta, visa assegurar a supremacia da Constituição, a competência dos Poderes de soberania e o equilíbrio federativo.

O STF é o órgão responsável por interpretar a Constituição e garantir sua supremacia. O STF é um órgão essencial para a democracia brasileira. Ele desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais e na garantia do Estado de Direito no Brasil.

O processo constitucional é um método dialético que permite ao STF dizer o direito acerca de matéria constitucional. Isso significa que o STF analisa a Constituição e as leis para determinar se elas são compatíveis. O processo constitucional é um instrumento importante para garantir a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. O STF utiliza o processo constitucional para exercer sua função de guardião da Constituição, e esse processo é complexo e dinâmico.

A competência do STF é definida pela Constituição Federal. A Constituição estabelece que o STF é competente para julgar os seguintes casos:

- **Questões constitucionais:** o STF é competente para julgar os casos que envolvem a interpretação da Constituição, a validade de leis e atos normativos e a defesa dos direitos fundamentais.
- **Crimes de responsabilidade:** o STF é competente para julgar os crimes de responsabilidade do presidente da República e dos ministros do STF.
- **Mandados de segurança:** o STF é competente para julgar os mandados de segurança impetrados contra atos do presidente da República e de ministros de Estado.

O STF tem desempenhado um papel importante na história do Brasil. Ele já foi responsável por decisões importantes, como a cassação do mandato do presidente Fernando Collor de Mello em 1992 e a declaração da inconstitucionalidade da lei que permitia a reeleição do presidente em 1994. O STF também tem sido responsável por decisões que contribuíram para a proteção dos direitos fundamentais, como a decisão que reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2013.

#### **Algumas das decisões emblemáticas do STF são:**

- **Cassação do mandato do presidente Fernando Collor de Mello em 1992:** o STF decidiu que o presidente da República pode ser cassado por crime de responsabilidade. Essa decisão foi importante para garantir o controle do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo.
- **Reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2013:** o STF decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma garantia fundamental. Essa decisão foi importante para a defesa da igualdade e da não discriminação.
- **Reconhecimento do direito ao aborto em casos de estupro, risco de vida para a mulher ou anencefalia do feto em 2018:** o STF decidiu que o aborto é legal em casos específicos. Essa decisão foi importante para garantir o direito à saúde e à autonomia das mulheres.

## **8.CONCLUSÃO**

O Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade. O controle concentrado é realizado pelo STF, que tem a competência exclusiva de declarar a

inconstitucionalidade de leis, atos do governo e decisões administrativas em casos de controle abstrato. O controle difuso é realizado por todos os tribunais, que podem declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo quando este for aplicável a um caso concreto que esteja sendo julgado.

No mundo, existem diversos sistemas de jurisdição constitucional. Alguns países adotam um sistema concentrado, em que apenas um tribunal é competente para declarar a inconstitucionalidade de leis, atos do governo e decisões administrativas. Outros países adotam um sistema difuso, em que todos os tribunais são competentes para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos.

O Brasil e o mundo adotam sistemas de jurisdição constitucional que apresentam semelhanças e diferenças. O sistema brasileiro é misto, com controle concentrado realizado pelo STF e controle difuso realizado por todos os tribunais. O sistema mundial é diverso, com diversos países adotando sistemas concentrados, difusos ou mistos.

O sistema de jurisdição constitucional do Brasil é considerado um dos mais avançados do mundo. O STF tem um papel importante na defesa da democracia e dos direitos fundamentais. O controle concentrado permite que o STF declare a inconstitucionalidade de leis e atos normativos que sejam contrários à Constituição, mesmo que eles não tenham sido contestados em um caso concreto. O controle difuso permite que os tribunais inferiores contribuam para a proteção da Constituição.

No entanto, o sistema de jurisdição constitucional do Brasil também apresenta alguns desafios. Um dos desafios é a demora na tramitação dos processos de controle de constitucionalidade. Outro desafio é a falta de uniformidade nas decisões dos tribunais sobre questões constitucionais.

O STF tem tomado medidas para enfrentar esses desafios. O STF tem implementado medidas para agilizar a tramitação dos processos de controle de constitucionalidade. O STF também tem promovido a uniformização das decisões dos tribunais sobre questões constitucionais.

O sistema de jurisdição constitucional do Brasil é um sistema dinâmico, que está sempre evoluindo. O STF está trabalhando para garantir que o sistema seja eficaz na defesa da democracia e dos direitos fundamentais.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição do sistema, sua jurisprudência e seus problemas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos: interpretações e controvérsias. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARAK, Aharon. The Supreme Court and the Constitution: a comparative analysis. In: Barak, Aharon. The Judge in a Democracy. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade na Alemanha: interpretações e controvérsias. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in the Contemporary World. Oxford: Clarendon Press, 1971.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade na França: interpretações e controvérsias. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUSHNET, Mark. The new constitutional order. Harvard Law Review, v. 117, n. 4, p. 1832-1849, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade na Argentina: interpretações e controvérsias. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL E A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS

**RAPHAELA DE MORAES LEMOS:**

Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal do Rio  
Grande – FURG<sup>59</sup>

**RESUMO:** O reconhecimento de pessoas tornou-se um procedimento comumente utilizado no processo penal em crimes que envolvem violência e grave ameaça. Para tanto, esse tipo de prova depende exclusivamente da memória da vítima ou testemunha que presenciou o evento, sendo a lembrança suscetível a influências internas e externas que podem configurar falsas memórias. A par disso, o presente estudo visa esclarecer, através de pesquisa bibliográfica, o sistema probatório penal, bem como o funcionamento da memória e sua relação com a prova de reconhecimento, esmiuçando alguns fatores individuais capazes de alterar de forma significativa a lembrança que se pretende evocar. Busca-se, ao fim, defender uma proposta de mudança legislativa quanto ao procedimento, com a reformulação dos parâmetros adotados pelas autoridades policiais e Tribunais, a serem respaldados nos estudos científicos atuais da Psicologia envolvendo a temática, evitando os erros que levam à condenação de pessoas inocentes.

**Palavras-chave:** reconhecimento pessoal; psicologia e processo penal; falsas memórias; crime e reconhecimento; memória.

**RÉSUMÉ:** La reconnaissance des personnes est devenue une procédure assez utilisée dans les processus pénales pour les crimes avec de violence et grave menace. Pour ça, ce type de preuve dépend uniquement de la mémoire de la victime ou du témoin qui a assisté à l'événement, étant la mémoire susceptible aux influences internes et externes qui peuvent configurer les fausses mémoires. Compte tenu de cela, la présente étude vise à clarifier à travers des recherches bibliographique, le système de preuve pénale, ainsi que le fonctionnement de la mémoire et sa relation avec l'épreuve de reconnaissance, en détaillant quelques caractéristiques individuelles capables de modifier d'une manière significative la mémoire qu'a l'intention de rappeler. Est recherché, au final, un projet de changement législatif qui concerne le procédure, avec la reformulation des paramètres adoptées par la police et les tribunaux, à soutenir en les études scientifiques actuelles sur la psychologie qu'implique le sujet, en évitant les erreurs qui conduisent les gens innocents à condamnation.

---

<sup>59</sup> E-mail: [raphaml2011@hotmail.com](mailto:raphaml2011@hotmail.com)



**Mots-clés:** reconnaissance personnelle; psychologie et processus pénal; fausses mémoires; crime et reconnaissance; mémoire.

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal vigente no Brasil admite um vasto repertório de provas, e dentre elas encontra-se o reconhecimento de pessoas, voltado à comprovação da autoria delitiva, um dos elementos imprescindíveis que permeiam o fato tipificado como crime. Esse procedimento impõe que as vítimas de crimes reconheçam o autor do fato, independentemente das condições as quais o ofendido fora submetido no desfecho do ato criminoso. Neste viés, o reconhecimento pessoal adentra a seara probatória inquisitorial e judicial, dando margem, sobretudo, a graves falhas na obtenção do resultado pretendido, haja vista as distorções realizadas pela memória humana. Surgem, assim, equívocos embasados na falsa construção do evento vivido pela vítima ou testemunha, intercalado com circunstâncias que podem não fazer parte do ocorrido, muito embora a memória convença o contrário, cenário este que influi diretamente nos processos criminais. Isso porque a questão do reconhecimento se trata de prova repetível, onde técnicas inadequadas, como o *show-up*, são utilizadas pela autoridade policial de forma desmedida, induzindo a vítima ou testemunha a acreditar que o suspeito é o verdadeiro culpado, seja ele ou não o responsável pelo crime.

O primeiro reconhecimento feito na fase investigativa, quando já eivado das falsas memórias – as quais decorrem também das más técnicas empregadas –, acarreta maiores chances do suspeito ser novamente apontado na fase judicial, o que propicia um ciclo de encarceramento indevido e processos desprovidos de qualquer cautela na obtenção da prova. Com base nisso foi criada a ONG *The Innocence Project*, a qual age em prol daqueles que foram acusados injustamente, bem como condenados a cumprir pena. As informações coletadas pela referida ONG e divulgadas em seu site, dão conta de que, somente no Brasil, entre 2020 e 2021, 300 novos casos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça envolvendo o reconhecimento equivocado de réus e suspeitos, o que sugere, mesmo que minimamente, a inadequação do procedimento adotado em nosso país, assim como os graves danos que dele podem decorrer. O fato é que a memória não funciona como uma fotografia e possui um processo de formação complexo, configurando um risco desmedido a utilização de uma prova atrelada única e exclusivamente à memória humana, o que para muitos operadores do Direito já vem sendo contestado.

Em vista do escasso diálogo entre a ciência da Psicologia e a justiça brasileira, e valendo-se de pesquisa bibliográfica, este trabalho esmiuçar o contexto de colheita de prova repetível, esclarecendo o sistema utilizado atualmente na valoração dessa prova, qual seja o controle de apreciação da prova, especialmente nos casos que envolvem reconhecimento pessoal. Dando seguimento, e considerando que as falsas memórias



podem ser tanto espontâneas como implantadas, necessário se faz compreender as etapas que condizem à formação da memória, esta sujeita, inclusive, a lapsos decorrentes do tempo do fato e o momento do procedimento reconhecedor. Amparando-se na Teoria do Traço Difuso, a qual dispõe que a memória não é um sistema unitário, possuindo então dois sistemas independentes, a memória literal e a de essência, sobressai, no ponto, a pertinência de se observar aspectos estudados pela psicologia no campo das falsas memórias, ressaltando-se, outrossim, que elementos como a dissociação, a ansiedade e a emoção são capazes de influenciar na formação da memória, induzindo a pessoa a crer em sua memória, mesmo que ela não exista ou tenha existido de forma diferente da que a pessoa se recorda. Parte-se da hipótese, portanto, de que as falsas memórias não podem ser evitadas, entretanto, a partir do conhecimento de sua fenomenologia, os seus efeitos podem ser amenizados no processo penal por intermédio de instrumentos formais que interliguem técnica adequada e profissionais capacitados para lidar com tal problemática, de forma que os procedimentos normativos se adequem a esse novo cenário multifacetado.

## 1. SISTEMA PROBATÓRIO PENAL

O termo *prova* advém do latim – *probatio* –, e representa ensaio, verificação, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação, originando-se, assim, o verbo *provar*, ou *probare* em latim (NUCCI, 2020). Nesta senda, podemos verificar mais de um sentido atribuído à prova, sendo o primeiro deles o ato de provar; o segundo o meio; e o terceiro o resultado da ação de provar (NUCCI, 2020). O processo penal brasileiro, compactuando com os conceitos destacados, é um instrumento de retrospectão, ou seja, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico (LOPES JR., 2020). Partindo disso, o processo se destina a instruir o julgador, que conhece os fatos através da referida reconstrução dos eventos passados, para então julgá-los.

Nesse íterim, o processo penal, visando reconstruir os fatos passados, cria condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, analisando as provas que, para ele, sempre serão indiretas, visto que desconhece os fatos em sua origem. Dessa forma, identificando o fato através da prova indireta, externará sua convicção na sentença (LOPES JR., 2020). A ideia central das provas, por outro lado, se expressa no “fazer crer” que o processo penal determina a verdade dos fatos, em sua integralidade, mesmo que isso só aconteça na teoria. Tal enfoque na verdade do que ocorreu no passado demonstra um frágil aporte probatório em muitos casos, haja vista não ser possível reconstruir todas as ações praticadas em determinado fato, o que obscurece o valor da prova.

Assim sendo, relevante pontuar que o sistema processual penal vigente no país se ampara na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), cujos

princípios garantem o pleno direito de defesa e presunção de inocência dos acusados criminalmente (REIS; GONÇALVES, 2020). Nesse viés, os meios de prova desse sistema são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, havendo meios lícitos e ilícitos (NUCCI, 2020). Há de se assegurar, portanto, às partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação, e esse direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, não é absoluto (DE LIMA, 2019), pois evidente que nosso ordenamento veda as provas ilícitas, conforme artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP), devendo o conteúdo probatório se deter à demonstração da verdade processual, a qual, entretanto, não possui o condão de demonstrar, em todos os casos, e com certeza, as ações que permeiam um crime.

Dito isso, é de se mencionar que todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, e a palavra “prova” só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa (DE LIMA, 2019). Há que se falar nos fatos que independem de prova, sendo eles o fato notório; o fato que contém uma presunção legal absoluta; e o fato impossível. No contexto probatório, portanto, adentram o exame de corpo de delito (quando a infração deixa vestígios, sendo prova da existência do crime, de caráter pericial), a perícia (exame de algo ou alguém realizado por técnicos profissionais, usada em situações que deixam vestígios), o interrogatório do acusado (onde apresenta sua versão defensiva dos fatos perante o juiz, podendo inclusive ficar em silêncio, caso queira), a confissão (admite espontaneamente a prática delituosa), o ofendido (sujeito passivo do crime – vítima -, o qual sempre que possível relatará o ocorrido na infração penal), as testemunhas (confirmam a veracidade do crime ocorrido), o reconhecimento de pessoas e coisas (ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa), a acareação (ato processual, presidido pelo juiz, que coloca frente a frente declarantes, confrontando e comparando manifestações contraditórias ou divergentes, no processo, visando a busca da verdade real, os documentos (escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, DVDs, pen-drives, e-mails e outros), os indícios (é prova indireta, embora não tenha, por causa disso, menor valia, ou seja, é fato secundário) e, por fim, a busca e apreensão (NUCCI, 2020).

Valendo-se desse arcabouço probatório, o reconhecimento de pessoas ganha maior destaque no presente estudo, isso porque tal procedimento exige parâmetros técnicos e legais para que seja, em tese, efetivo, ou possa, pelo menos, indicar certas características hábeis a formar um perfil confiável acerca do autor criminoso. Ocorre que a legislação atual, ao concretizar o artigo 226 do CPP, não considerou os mais variados

efeitos de tal ato no processo e na vida da pessoa a ser reconhecida. O procedimento, portanto, carece de observância aos estudos da psicologia moderna, a qual é contundente ao esclarecer as falhas atinentes à memória humana, o que será abordado nos capítulos seguintes.

## **1.1 CONTROLE DE APRECIÇÃO DA PROVA**

Na seara processual penal, existe o controle de apreciação da prova. Tal mecanismo compõe um sistema de persuasão racional, pois o magistrado forma sua convicção livremente, desde que sua decisão seja motivada e amparada nos ditames constitucionais vigentes (NUCCI, 2020). Diferente do que ocorre no sistema legal de provas – no qual o legislador previa, partindo da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (tarifa probatória ou tabela de valoração das provas previamente definido em lei), sem observar a especificidade de cada caso (LOPES JR., 2020) – e no sistema da íntima convicção – no qual o juiz não precisa fundamentar sua decisão, tampouco obedecer a critérios de avaliação de prova, sendo completamente livre para valorá-la (LOPES JR., 2020) – , o cerne da persuasão racional surge como quebra dos paradigmas extremos nos referidos sistemas. Isso porque não subsistem limites e regras abstratas de valoração, estando o juiz adstrito ao seu convencimento a partir da prova produzida, não se submetendo, outrossim, a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria (LOPES JR., 2020).

Convém destacar que o sistema legal de provas e o sistema da íntima convicção não foram abolidos do nosso ordenamento jurídico, muito pelo contrário, haja vista que o primeiro se encontra no artigo 158 do CPP, o qual exige que a prova nas infrações que deixam vestígio deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Há clara limitação para que o juiz possa decidir neste caso, o que ressalta a lógica do sistema legal de provas. Já o segundo sistema, permanece enaltecido no Tribunal do Júri, onde o Conselho de Sentença, pessoas leigas, julgam com plena liberdade, sem observância de qualquer prova ou critério técnico, podendo, inclusive, fundamentar a decisão contra a prova produzida, ou nem fundamentar.

Segundo Reis e Gonçalves (2020), a fundamentação se mostra essencial em qualquer decisão exarada pelo magistrado, haja vista ter finalidade intraprocessual, na medida em que permite às partes e às instâncias superiores o exame dos processos intelectuais que levaram à decisão, e extraprocessual, pois garante respeito efetivo pelo princípio da legalidade na sentença, bem como a própria independência e imparcialidade dos juízes. Tal entendimento se consubstancia na ideia de que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais, mas também a sociedade.

Dessa forma, percebe-se que o sistema de persuasão racional possui maior credibilidade porque o juiz não fica adstrito a parâmetros fixados na lei, em provas tarifadas, tampouco ignora a fundamentação e critérios de sua decisão. É de se dizer, por outro lado, que o convencimento do juiz não é ilimitado, levando em conta que não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos angariados em sede policial (REIS; GONÇALVES, 2020), ou seja, no procedimento investigatório, pela razão do princípio do contraditório não estar atrelado a esta fase.

A problemática recai, todavia, na prova eivada de falhas, a qual o magistrado observa considerando, sobretudo, o nível de idoneidade e viabilidade do conteúdo probatório. Aos olhos de quem julga, identificar que, por exemplo, o reconhecimento pessoal feito em juízo está equivocados, pois advém de erro inicial do primeiro procedimento realizado em sede policial, se torna uma tarefa árdua e, muitas vezes, impraticável. O magistrado, com isso, se limita a encontrar a validade do ato de reconhecimento com base em dois eventos, sendo que o primeiro deles (fase inquisitorial) é desprovido de qualquer cautela e não segue adequadamente os parâmetros menos indutivos. Para que o controle de apreciação da prova passe a ser efetivo e adequado nos casos de reconhecimento, necessário se faz, primeiro, analisar tal procedimento, ao passo de alterá-lo conforme melhor benefício ao processo e às partes nele envolvidas.

## **1.2 RECONHECIMENTO DE PESSOAS**

O reconhecimento pessoal, conforme já destacado acima, é o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra (NUCCI, 2020). Através do processo de reconhecimento, qual seja formal, segundo Nucci (2020), a vítima ou a testemunha tem condições de identificar (tornar individualizada) uma pessoa, sendo uma prova de grande valor ao processo. Destaca-se que, por força do princípio da busca da verdade e da liberdade das provas, tem-se admitido a utilização do reconhecimento fotográfico, observando-se, por analogia, o procedimento previsto no art. 226 do CPP para o reconhecimento pessoal (DE LIMA, 2019). Tal procedimento dispõe o seguinte:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recluir que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Reputa-se pertinente mencionar que o reconhecimento de pessoas não se confunde com o retrato falado, porquanto este é formado a partir de informações prestadas ao perito por pessoa que tenha visto o autor do crime, sendo considerado um meio de investigação, e não de prova. Esclarecido isso, é de se ressaltar que as disposições do artigo supra são meras sugestões, em nada tornando obrigatória sua observância por delegados e juízes, que o fazem justamente para robustecer a prova, o que por outro lado acaba danificando o conteúdo probatório, na maioria das vezes. As eventuais irregularidades no decorrer do procedimento não ensejam nulidade, de acordo com o entendimento dos tribunais superiores em diversos julgados, a título de exemplo: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1054280/PE e Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1617926/SP, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

Com base nisso, o fator capaz de infirmar a prova advém, certamente, do modo errôneo com que as autoridades presidem o ato de reconhecimento, até porque ainda pensam na remota ideia de que a memória humana se compara a uma câmera fotográfica. É nesse contexto que o reconhecimento pessoal representa uma prova repetível, haja vista ser feito em sede policial e, depois, em sede de instrução processual.

Nesta senda, por força do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), o investigado tem o direito de não colaborar na produção da prova sempre que se lhe exigir um comportamento ativo (NUCCI, 2020). Todavia, em relação às provas que demandam apenas que o acusado tolere a sua realização, ou seja, aquelas que exijam uma cooperação meramente passiva, não há que se falar em violação ao referido direito (DE LIMA, 2019). Assim sendo, como dita De Lima (2019), esse direito não persiste quando o acusado for mero objeto de verificação, como no caso do reconhecimento pessoal, pois ainda que não queira voluntariamente participar, admite-se sua execução coercitiva.



Há que se falar, outrossim, acerca do reconhecimento fotográfico, o qual vem sendo admitido pela doutrina e jurisprudência como prova inominada. Incontroverso, no ponto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à ratificação, em juízo, do reconhecimento por fotografias, sob o crivo do contraditório e ampla defesa (STJ, HC 427.051/SC; STJ, AgRg no AREsp 683.840/SP). Nas palavras de Nucci (2020), o reconhecimento fotográfico, embora admitido como prova, deve ser analisado com muito critério e cautela. A identificação de uma pessoa por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos equívocos e erros. Entretanto, se for essencial que assim se proceda, é preciso que a autoridade policial ou judicial busque seguir o disposto nos incisos I, II e IV, do art. 226 (NUCCI, 2020, pág. 891). Nesse sentido, torna-se, em tese, mais confiável o ato, sem nunca ser absoluta essa forma de reconhecimento.

Em síntese, sendo considerado um procedimento repetível, e que depende diretamente da memória, ressoam um pouco fantasiosos os moldes pretendidos para o reconhecimento nos dias de hoje, visto que diversos fatores são propensos a influenciar nossa mente. As imagens que captamos em momentos de nervosismo e trauma – recorrente nos casos de vítimas de crimes – tendem a convergir ou divergir ao extremo, a depender da ocasião e dos métodos de colheita dessa prova (STEIN; DE ÁVILA, 2015). Assim, restam as dúvidas: seria o procedimento acima referido o modo mais efetivo a proporcionar uma prova segura e idônea de reconhecimento pessoal; e o quão influenciável pode ser tal ato?

## **2. A MEMÓRIA HUMANA E SEU FUNCIONAMENTO**

Ao longo dos anos, estudos apontam que a percepção humana e a memória são altamente falíveis, fato aceito universalmente pelos psicólogos. A corroborar, há muito, experimentos conclusivamente estabeleceram que pessoas perdem a habilidade de recordar precisamente a aparência de um estranho com quem tiveram uma breve interação (THOMPSON, 2008, pág. 1489). Minudenciar, portanto, um momento traumático e expor seus detalhes podem levar a percepções errôneas dos fatos realmente vivenciados. Ao reter e conservar a memória, o cérebro acaba por transformar a realidade e, por vezes, modificá-la, o que vem a demonstrar o sério risco que corre um processo criminal, valendo-se não raras as vezes somente de prova testemunhal para embasar decreto condenatório (DI GESU, 2010).

O fato de podermos lembrar de algo que não aconteceu se denomina falsa memória (FM), que pode apresentar consequências decisivas na vida dos indivíduos. Tem-se que o conceito de FM foi sendo construído desde o final do século XIX e início do século XX, a partir de pesquisas pioneiras em alguns países europeus (STEIN, 2010, pág. 22). Em Paris, um homem chamado Louis intrigou os cientistas, pois lembrava de acontecimentos

que jamais haviam ocorrido, em meados de 1881. Estudos nesse viés foram abordados também por Freud, no século XX, na teoria da repressão. Desse modo, os primeiros estudos acerca da temática FM versavam sobre as características de sugestionabilidade da memória (incorporação e recordação de informações equivocadas), impulsionando demais cientistas como Binet e Stern a conduzirem maiores pesquisas sobre a problemática (STEIN, 2010).

Merece destaque, ainda, os estudos conduzidos por Elizabeth Loftus com mais de vinte mil pessoas, em 1970, a qual expôs um paradigma conhecido como Efeito da Falsa Informação (*Misinformation Effects*). Tal efeito acontece, segundo Loftus (1997), logo após uma pessoa ser testemunha ocular de certo evento, sendo exposta a uma nova informação que, contudo, é errônea, tornando as lembranças distorcidas. As sugestões criadas pela mente, nesse sentido, estão propensas a alterar as lembranças do indivíduo de maneira previsível e, às vezes, muito poderosa (LOFTUS, 1997). Muito embora as pessoas se esforcem veemente para recordarem, por exemplo, de um crime o qual foram vítimas ou testemunhas, a autora explica que os efeitos da falsa informação têm o potencial de invadir as memórias quando falamos com outra pessoa, quando somos sugestivamente interrogados ou quando lemos e vemos a cobertura da mídia sobre algum evento que nós mesmos experienciamos.

Com efeito, para tentar esclarecer o fenômeno das falsas memórias, surgiram teorias como construtivismo, monitoramento da fonte e traço difuso. A Teoria do Construtivismo, elaborada por Loftus e Hoffman (1989), partindo da ideia que as memórias são modificadas mais facilmente, por exemplo, quando a passagem do tempo permite que a memória original se desvaneça, conclui que a memória não é fixa, tampouco estabelecida, estando sujeita a diversas transformações. Ou seja, a memória não é somente uma lembrança, mas também uma combinação de tudo o que pensamos e percebemos do meio externo. Os construtivistas alegam que as pessoas se lembram do que elas entendem ser o significado do fato, e não do fato verdadeiramente ocorrido, que por conseguinte pode gerar a lembrança de informação incorreta e falsa memória (ALVES; LOPES, 2007). Para Loftus (1997), as falsas memórias se formam considerando três fatores: o primeiro deles seria a exigência social para que a pessoa se lembre (um pesquisador, por exemplo, ou, no caso do presente estudo, um delegado de polícia ou juiz). Já o segundo seria a construção da memória através da imaginação de eventos, notadamente quando a pessoa enfrenta problemas para se recordar do evento. Por último, o terceiro fator ressalta que os indivíduos podem ser encorajados a não pensarem se suas construções imaginárias são reais ou não. A criação, portanto, das falsas memórias é mais provável quando esses fatores externos estão presentes, seja em ambiente experimental como também em ambiente terapêutico ou atividades cotidianas. De outra banda, a Teoria do Monitoramento da Fonte proposta por Johnson, Hashtroudi e Lindsay, tenta explicar o fenômeno das FMs a partir do conceito de "fonte", que se refere a uma variedade de características, as quais



especificam as condições sob as quais uma memória é adquirida, quais sejam, o contexto espacial, temporal e social do evento, a mídia e as modalidades pelas quais foi observado o fato ocorrido (JOHNSON; HASHTROUDI; LINDSAY; 1993). A abordagem dessa teoria, desse modo, expressa que as pessoas normalmente não recuperam diretamente uma etiqueta ou rótulo que especifica a fonte da memória, em vez disso, registros de memória ativada são aliviados e atribuídos a fontes particulares através de processos de decisão realizados durante a memorização. (JOHNSON; HASHTROUDI; LINDSAY; 1993, pág. 03). Para os autores, a memória do evento original e a informação posterior permanecem separadas e intactas, onde o monitoramento da fonte diferencia fatos da fantasia. Além disso, destacam que em algumas situações a memória é desordenada e pacientes têm dificuldade em lembrar tanto a fonte quanto o conteúdo, enquanto em outras situações o déficit da fonte ocorre na ausência de um déficit na memória de conteúdo.

Já a Teoria do Traço Difuso (TTD ou *Fuzzy Trace Theory*), usada como parâmetro no presente trabalho, foi elaborada inicialmente por Brainerd e Reyna na década de 1990, e explica as FMs através de uma única distinção representativa entre os traços literais e essenciais da experiência, advinda de um conjunto de cinco princípios, ou seja, a memória não é um sistema unitário - pelo contrário, existem dois sistemas independentes de memória, processados paralelamente: a memória literal e a de essência (NEUFELD; BRUST-RENCK; STEIN, 2008, pág. 540). Esses princípios se denominam Armazenagem paralela de traços literais e de essência; Recuperação dissociada dos traços literais e de essência; Duplo oponente em falsas memórias; Variabilidade do desenvolvimento e, por fim, Literal e essência no processamento de recordação vivida (BRAINERD; REYNA, 2002). Denota-se que o primeiro princípio refere que os sujeitos processam a forma superficial e o significado do conteúdo da experiência em paralelo, armazenando representações dissociadas (memória literal e de essência). A memória literal, segundo os autores, são representações episodicamente instanciadas das formas superficiais de itens experimentados, incluindo sugestões contextuais. Por outro lado, a memória de essência é a interpretação episódica de conceitos (significados, relações, padrões) que foram recuperados como resultado de codificação das formas superficiais das informações. Nesse sentido, muito embora “antes se supusesse que o conteúdo significante fosse extraído de memórias literais anteriormente armazenadas, sabe-se agora que o processamento do significado começa já entre 20 e 30 milissegundos após o início de um estímulo, bem antes do processamento da forma superficial do evento ser completada” (BRAINERD; REYNA, 2002, pág. 165).

Convém mencionar que a memória de essência pode ser armazenada em vários níveis de especificidade, o que nos leva ao segundo princípio. Este aduz que o desempenho da memória é baseado na recuperação de ambos os traços (memória literal e de essência). A mistura dessa recuperação, segundo Brainerd e Reyna (2002), que determina o nível de memória falsa para informações consistentes de memória de essência, ativa fatores como

recuperação de sugestões relativa à acessibilidade das memórias e o esquecimento. Tem-se que a recuperação das memórias literais é favorecida quando esses traços são mais fortes com relação às memórias de essência – há repetição de um mesmo item -, da mesma forma como acontece nas memórias de essência, sendo sua recuperação favorecida quando estas são mais fortes em relação às literais – há diferentes exemplares de um mesmo significado sendo apresentados (ALVES; LOPES, 2007).

Seguindo para o terceiro princípio, este ponderando que ambas as memórias têm efeitos opostos nas FMs para itens que preservam o significado da experiência, aponta-se que a recuperação da memória de essência, nesse caso, suporta as FMs porque os significados dos itens apresentados parecem semelhantes (BRAINERD; REYNA 1998). Diversamente ocorre na recuperação da memória de essência, a qual suprime a memória falsa, neutralizando a familiaridade com o significado, seja pelo nível de itens individuais ou pelo nível de estratégias cognitivas gerais (BRAINERD; REYNA, 2002).

Em continuidade, o quarto princípio diz respeito à aquisição, retenção e recuperação de ambas as memórias, expondo que a memória de essência melhora durante o desenvolvimento da fase criança até adulta, porquanto adquire a habilidade de processar o significado de cada item e conectá-lo através de diferentes outros itens (BRAINERD; REYNA, 2002). Conforme os autores, tal habilidade vai diminuindo no decorrer da vida adulta, sendo mais marcante o declínio nas memórias literais. Por derradeiro, o quinto princípio versa sobre a recuperação da memória literal, que suporta uma forma viva de lembrança, às vezes chamada de recordação. Na recuperação da memória de essência, ocorre uma forma mais genérica de lembrança, geralmente por familiaridade (BRAINERD; REYNA, 2002).

Em síntese, as falsas memórias podem ocorrer de duas formas, quais sejam, espontaneamente ou por implantação de sugestão de falsa informação (BRAINERD; REYNA, 2002). As FMs espontâneas, portanto, são aquelas onde a distorção da memória se dá de maneira interna ou endógena ao sujeito, através da autossugestão, enquanto as por implantação através de sugestão deliberada ou acidental de informação falsa (STEIN; NEUFELD, 2001). Nesse interim, salienta-se que as FMs espontâneas e as sugeridas são fenômenos de base mnemônica, lembranças, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social, conforme Stein e Neufeld (2001).

## **2.1 CODIFICAÇÃO, ARMAZENAMENTO E EVOCÇÃO**

A formação da memória se divide em três etapas, definidas como codificação, armazenamento e evocção, sendo que, malgrado sejam estágios divergentes, acabam interagindo (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2014). Se faz necessária a compreensão

destas fases porquanto a prova advinda do reconhecimento pessoal nada mais é do que uma “evocação” dos fatos ocorridos durante certo ato criminoso.

Nessa senda, a codificação se conceitua pela transformação do fato vivenciado (estímulo) em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro (sistema cognitivo), considerando que a capacidade atencional dos seres humanos é limitada, sendo impossível termos percepção completa do evento (THOMA; LAVIE, 2013). Existem nessa etapa diversas variáveis que podem influenciar de forma prejudicial, como presença de arma de fogo, níveis de tensão, distância do local do fato e idade da testemunha, fatores estes que não estão sob controle da justiça brasileira (CECCONELLO; DE ÁVILA; STEIN, 2018), mas que impactam a qualidade da memória e podem interferir gravemente na vida de outrem.

Parte-se então para a segunda etapa de formação da memória, consistente no armazenamento que, com base na Teoria do Traço Difuso estudada acima, se baseia na armazenagem de duas memórias em paralelo, a literal – captura detalhes específicos e superficiais, ao exemplo de “ele comeu Chokito” - e a de essência – registra a compreensão do significado da experiência, que pode variar em nível de generalidade, ao exemplo de “comeu um chocolate com crocante”. Uma vez armazenadas, as informações do evento tendem a ser esquecidas (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2014). Isso porque o esquecimento é um fenômeno fisiológico, desempenhando um papel adaptativo que demonstra, mormente, a necessidade de colheita da prova em tempo razoável (DI GESU, 2010). Nesse sentido, o lapso temporal entre a data do fato e a recuperação da memória são cruciais para que a obtenção da prova seja aproveitável, levando em conta que “as conexões sinápticas entre os neurônios que sustentam a memória se degradam com o decorrer do tempo” (CECCONELLO; DE AVILA; STEIN, 2018, pág. 1.061).

A terceira etapa de formação da memória se denomina evocação ou recuperação. O cérebro não guarda as recordações de forma exata, trabalhando com a ideia de representação aproximativa, com memória dinâmicas, e não estáticas (DI GESU, 2010). Sendo, então, maleável a memória, durante a recuperação, além de reforçadas novas informações, outras podem ser agregadas ao evento, o que ocorre quando, por exemplo, testemunhas conversam sobre um crime ou fazem juntas o reconhecimento pessoal do sujeito.

Dessa forma, as etapas de armazenamento e recordação acontecem num continuum, sendo que, quando a memória é evocada, encontrar-se-á em um estado transiente em que novas informações podem ser inseridas e armazenadas juntamente com a memória original, notadamente quando há exposição à influência social, que irá envolver um processo de reconsolidação das informações antigas reativadas imediatamente após seu confronto com as novas informações conflitantes fornecidas pela influência social, ou

a ativação de outros mecanismos que podem alterar as memórias existentes (DUDAÍ; EDELSON, 2016).

É de se dizer, outrossim, que a passagem do tempo não significa que necessariamente a pessoa irá esquecer aquela informação. Dois fatores que vão contra o esquecimento e auxiliam na manutenção da memória, são a intensidade da emoção vivida com aquele evento e, principalmente, quantas vezes a pessoa ficou recuperando o evento (sem interferências), ou seja, quantas vezes ela revive (recorda) aquele evento (STEIN; DE AVILA, 2015), o que será abordado com maior especificidade no próximo tópico.

## **2.2 DISSOCIAÇÃO, ANSIEDADE E EMOÇÃO**

No estudo das falsas memórias, algumas características pessoais são capazes de influenciar na sua formação. Tem-se que uma das variáveis de personalidade mais amplamente associada à suscetibilidade às FM é a dissociação (CANDEL, MERCKELBACH e KUIJPEIS, 2003, apud STEIN, 2010, pág. 144). A característica central dos transtornos dissociativos é o distúrbio das funções normalmente integradas de consciência, memória, identidade ou percepção do ambiente, sendo que tais distúrbios podem ser súbitos ou graduais, transitórios ou crônicos (JUNIOR; PALLADINO-NEGRO; LOUZÃ, 1999).

Nesse viés, a frequência dessas experiências dissociativas pode ser uma relevante variável a fim de entender a suscetibilidade em apresentar uma FM: uma das hipóteses para essa relação é que as experiências dissociativas são uma resposta comum ao trauma e, portanto, indivíduos com dissociação tendem a ser menos confiantes a respeito de suas recordações e, ainda, a confiança que possuem é mais vulnerável aos efeitos de sugestão de falsas informações (STEIN, 2010). É possível observar, nesses aspectos, que indivíduos com características de personalidade mais dissociativa tendem a apresentar falhas em integrar a memória, consciência e fantasias. Stein (2010) menciona que uma outra hipótese seria ligada ao esforço do indivíduo para ignorar eventos traumáticos da vida, produzindo então informações inexatas acerca de alguma experiência, para que estas se encaixem melhor na sua percepção de mundo.

De outra banda, a ansiedade como traço de personalidade também parece levar as pessoas a terem menos credibilidade em suas memórias, aumentando sua suscetibilidade às FM (STEIN, 2010). Nesse sentido, as pessoas sujeitas a tal característica se tornam apreensivas diante de várias situações, apresentando baixa autoestima e vulnerabilidade (PALMA; NEUFELD; BRUST-RENCK; ROSSETTO; CRIPPA, 2017). Portadores de transtorno de ansiedade social, por exemplo, preocupam-se de forma extremada com a impressão que suas ações causam nas outras pessoas, e essas preocupações podem influenciar nas suas memórias sobre eventos sociais posteriores, impactando sobre o aumento ou a diminuição de seus próprios sintomas de ansiedade em situações sociais

futuras (NEUFELD; BRUST-RENK; DA ROCHA; SOSSELLA; DA ROSA, 2013). Em síntese, a ansiedade pode ser responsável por diversas distorções na memória, ocasionando efeitos indesejados a partir de lembranças incorretas.

No mesmo sentido, as emoções também são capazes de influenciar na nossa memória. Elas são definidas como coleções de respostas cognitivas e fisiológicas acionadas pelo sistema nervoso que preparam o organismo para se comportar frente a determinadas situações (DAMÁSIO, 2000, apud STEIN, 2010, pág. 85). Várias pesquisas vêm sendo desenvolvidas para identificar os padrões das interações entre emoção, cognição e comportamento. Com o surgimento desse interesse, em como a emoção interage com a cognição e o comportamento, emergiram inúmeros estudos relacionando emoção e memória. De uma maneira geral, os resultados indicam que lembramos mais de eventos emocionais do que não emocionais (BUCHANAN; ADOLPHS, 2002, apud STEIN, 2010, pág. 88). Segundo Stein (2010), esse padrão é consistentemente encontrado em pesquisas que utilizam diversos tipos de estímulos, como lista de palavras, frases, fotos e narrativas.

Assim sendo, necessário enfatizar que existem diferentes tipos de emoções e diferentes tipos de crimes, além das diferenças de um indivíduo para outro, que, conseqüentemente, fazem com que as pessoas respondam de forma diferente a eventos emocionais. Às vezes as pessoas podem responder a esses eventos com medo (principalmente quando havia violência envolvida), ou com raiva, ou até com distúrbios emocionais como depressão e ansiedade que continuam presentes bastante tempo após o evento (STEIN; DE ÁVILA, 2015). Com isso, evidente que o sistema judiciário não pode controlar tais características pessoais, como a dissociação, a ansiedade e a emoção, evidenciando uma verdadeira falha ao considerar o reconhecimento de pessoas como uma prova repetível e de alta relevância ao processo, em especial nos crimes que envolvem violência e grave ameaça.

### **2.3 TÉCNICAS DE REPETIÇÃO E FALSAS MEMÓRIAS**

Segundo a Teoria do Traço Difuso, a ideia de que memórias verdadeiras serão muito mais estáveis do que as falsas porque os eventos que figuram na primeira foram realmente vivenciados, enquanto nesta última não foram, ocupa uma posição de destaque na lei, destacando-se a credibilidade testemunhal (BRAINERD; REYNA, 2002). Nesse contexto, eventos que as testemunhas relatam consistentemente ao longo do tempo são considerados como mais prováveis que sejam verdade do que eventos que elas relatam de forma inconsistente. Todavia, a TTD prevê também que as falsas memórias podem ser altamente persistentes e que, surpreendentemente, elas podem ser mais persistentes do que a verdadeira memória, sob certas condições.



Consoante o exposto, a memória de um fato, assim como nossos músculos, enfraquece na medida em que os neurônios por ela responsáveis não são exercitados e, assim como um músculo, deve-se atentar ao procedimento utilizado na recuperação da memória, e não quantas vezes foi utilizado (CECCONELLO; DE AVILA; STEIN, 2018). Dessa maneira, um exercício realizado repetidamente, de maneira correta, pode tornar os neurônios mais fortes, enquanto exercícios incorretos ou a repetição excessiva de procedimentos podem deteriorar tais neurônios (CECCONELLO; DE AVILA; STEIN, 2018). Entretanto, ao contrário de um músculo, uma memória não possui formato específico, e os procedimentos utilizados para acessar essa memória podem alterá-la de maneira permanente. A importância deste entendimento se verifica na questão do reconhecimento pessoal dos suspeitos de crimes, levando em consideração que o procedimento é taxado como prova repetível.

A repetibilidade se deve ao caráter bifásico até se chegar ao processo. Os elementos produzidos em sede policial não são aptos, por si só, a embasarem uma sentença procedente de condenação, pois a fase inquisitorial é desprovida dos princípios da ampla defesa e contraditório, fulcro no artigo 155 do CPP. Dessa forma, existe a fase de instrução e julgamento do processo, com paridade de armas, onde o reconhecimento eventualmente feito na polícia deve ser refeito. Com isso, após múltiplos reconhecimentos, a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato, mas sim da repetição à exposição do rosto do suspeito, o que pode levar um suspeito inocente a ser reconhecido com alto grau de certeza, pois já exposto e identificado desde a primeira amostragem à vítima ou testemunha, levando esta a crer que o rosto observado e a memória do fato se interligam (CECCONELLO; DE AVILA; STEIN, 2018).

Para Di Gesu (2010), a repetição do reconhecimento em juízo é extremamente problemática, devido à dificuldade de reiteração do ato com as mesmas pessoas mostradas em sede policial. A única presença repetida, portanto, é a do réu, o que constitui inequívoco induzimento ao reconhecimento. Somado a isso, devemos levar em conta os aspectos individuais das pessoas, como já abordado acima, sendo a emoção, ansiedade e dissociação fatores que suscitam com maior facilidade a criação de falsas memórias, sobretudo quando as condições do evento também não são favoráveis e envolvem maior grau de violência.

Experiências já confirmaram que, sob as melhores das circunstâncias, testemunhas oculares de um crime violento são susceptíveis de cometer erros graves em aspectos significativos do evento, ou seja, o impulso natural que as testemunhas demonstram para escolher uma pessoa que, ao que parece, se assemelha ao culpado, mas que na verdade é inocente, é precisamente o problema que tem levado a tantas condenações errôneas (THOMPSON, 2008).

A corroborar os estudos nessa senda, foi observada a utilização ostensiva da técnica conhecida como show-up durante os procedimentos de reconhecimento pessoal, que consiste na amostragem de apenas um suspeito ou uma foto a quem deva fazer o reconhecimento (STEIN; DE ÁVILA, 2018). É sabido que especialistas consideram a técnica do show-up como altamente sugestiva, porquanto as pessoas acreditam ter a polícia capturado o suspeito correto, o que resulta em um número maior de falsas identificações (THOMPSON, 2008). Mesmo assim, foram constatadas uma variedade de práticas de reconhecimento, por exemplo, em viaturas, por imagem enviada por WhatsApp, pessoalmente, em corredor de passagem, por vidro espelhado, em álbum de fotos, com apenas uma fotografia, por voz, por vídeo, via anteparo com orifício, por retrato falado e na sala de audiência, tudo valendo-se da referida técnica (STEIN; DE ÁVILA, 2018). O cenário pano de fundo, portanto, está em desconformidade com os estudos e conhecimentos científicos voltados às falsas memórias, cujas características passam despercebidas e, muitas vezes, são validadas como prova.

É de se dizer, ainda, que o transcurso do tempo se faz crucial no procedimento reconhecedor, como supracitado. Durante estudos realizados por Stein e De Ávila (2018), constatou-se que o lapso temporal de um ano após o fato criminoso é considerado excessivo, em função do natural processo de esquecimento a que se submete a vítima ou testemunha. Assim, de acordo com Thompson (2008), as constatações de taxas de erro em estudos de procedimentos reais de identificação realmente subestimam a verdadeira taxa de erro, dizendo apenas quantas vezes as testemunhas identificam uma pessoa inocente conhecida.

Com base em todos esses estudos sobre memória, os Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 484, de 19 de dezembro de 2022, estabelecendo diretrizes para o reconhecimento de pessoas em processos criminais, considerando ainda a modulação das decisões dos Tribunais Superiores nos casos de reconhecimento, as quais reconhecem agora a obrigatoriedade de observância do procedimento elencando no art. 226, rechaçando totalmente o anterior conceito de "meras sugestões". Tal mudança de paradigma foi se estabelecendo especialmente depois do *Habeas Corpus* nº 598.886, no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a imprestabilidade do reconhecimento de pessoas que não observe os requisitos formais previstos no citado artigo, delimitando na decisão os diversos aspectos viciados do procedimento, já explicados nos capítulos anteriores, bem como destacando que *"O valor probatório do reconhecimento, deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua alta suscetibilidade de falhas e distorções. Justamente por possuir, quase sempre, um alto grau de subjetividade e de falibilidade é que esse meio de prova deve ser visto com reserve"*.

### **3. MEDIDAS AMENIZADORAS E PREVENTIVAS**



Com tantos entrelaces no que toca os aspectos das memórias, repisa-se que a maleabilidade destas não significa que a realização ou repetição de procedimentos serão benéficos e resultarão no objetivo desejado, qual seja, o reconhecimento da pessoa criminosa. A repetição inadequada e a aplicação de técnicas desprovidas de validação científica, como já demonstrado, são inerentemente prejudiciais à memória do evento (CECCONELLO; DE AVILA; STEIN, 2018). A problemática é tão grave que foi criada, em 1992, nos Estados Unidos da América, a *The Innocence Project*, ONG fundada por dois advogados (Berry Scheck e Peter Neufeld), cujas pesquisas demonstraram que mais de 75% das condenações de inocentes se devia a erros cometidos por vítimas ou testemunhas durante o reconhecimento, informações obtidas no site da ONG. Esse projeto se estendeu ao redor do mundo, havendo um deles no Brasil, onde oferecem assistência jurídica gratuita para pessoas condenadas por crimes que não cometeram, bem como atuam na elaboração e promoção de documentos informativos e pesquisas sobre temas essenciais para prevenir o erro judiciário. No ano de 2021, em parceria com o Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais da Universidade de São Paulo, a ONG oficiou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a criação de um Grupo de Trabalho de Prevenção e Combate ao Erro Judiciário, que foi instaurado em agosto do mesmo ano.

A partir desse grupo de trabalho, foi editada pelo CNJ a Resolução 484, de 19 de dezembro de 2022, estabelecendo diretrizes para o reconhecimento de pessoas nos processos criminais. A Resolução elenca as seguintes etapas para o procedimento:

- I – entrevista prévia com a vítima ou testemunha para a descrição da pessoa investigada ou processada;
- II – fornecimento de instruções à vítima ou testemunha sobre a natureza do procedimento;
- III – alinhamento de pessoas ou fotografias padronizadas a serem apresentadas à vítima ou testemunha para fins de reconhecimento; IV – o registro da resposta da vítima ou testemunha em relação ao reconhecimento ou não da pessoa investigada ou processada; e V – o registro do grau de convencimento da vítima ou testemunha, em suas próprias palavras.

Especifica-se, ainda, a necessidade de o procedimento ser inteiramente gravado, para fins de análise posterior pelo juízo competente. Além disso, tendo como base as recentes decisões dos Tribunais Superiores (HC n. 652.284/STJ, HC n. 712.781/STJ e RHC n. 206.846/STF), o §2º do art. 5º da Resolução é contundente ao expor que, a inclusão da pessoa ou de sua fotografia em procedimento de reconhecimento, na condição de

investigada ou processada, será embasada em outros indícios de sua participação no delito, como a averiguação de sua presença no dia e local do fato ou outra circunstância relevante, o que representa uma completa revolução de paradigma nos processos criminais, tendo em vista que, não raras as vezes, os “suspeitos” são escolhidos em decorrência de perfilamento racial, classe econômica e demais estigmas preconceituosos, dando margem aos gravíssimos erros judiciários, que atingem notadamente o público mais vulnerável.

À vista de toda a problemática envolvendo o reconhecimento e a memória, evidente que a referida Resolução é de grande valia ao processo penal, especialmente porque contempla a análise científica que envolve a questão, conferindo um status obrigatório ao procedimento, status este que foi sendo validado a passos lentos pelos Tribunais Superiores. Embora extremamente bem elaborada pelo CNJ e seu grupo de trabalho, a Resolução não rechaça o reconhecimento fotográfico, o que denota ainda um sério problema, pois a foto nem sempre retrata a realidade, conforme já exposto anteriormente.

Nosso processo penal deve, portanto, abandonar a utilização do reconhecimento por fotografia/pessoal de forma isolada, sendo substituído pelo livre relato das características do autor do crime. Da mesma forma, os juízes devem deixar de fundamentar suas decisões com base tão somente em reconhecimento fotográfico e/ou pessoal quando feito sem a presença de outros participantes (DI GESU, 2010), haja vista ter sido rechaçada pela comunidade científica essa técnica conhecida como *show-up*, comumente usada em sede policial e em juízo, altamente indutiva. Muito embora esse cenário seja de difícil implementação no âmbito dos Tribunais, mesmo com a edição da Resolução do CNJ, para que se consiga a efetivação dessa proposta imperiosa se faz, no momento, uma reforma da legislação, sendo imprescindível que sejam incorporados os subsídios científicos ao seu conteúdo, com a consequente inadmissão de repetibilidade na prova que advém do reconhecimento de suspeitos.

Isto seria possível, para o caso do reconhecimento de pessoas, por exemplo, com a especificação do que seriam consideradas perguntas indutivas/sugestivas pelos agentes ou autoridade policial quando se dirigem à vítima ou testemunha, notadamente quando mostram apenas um suspeito pessoalmente, o que deve ensejar a nulidade absoluta do procedimento. O artigo 226 do CPP não deve ser visto como mera sugestão, e sim como obrigatório, devendo, primeiramente, a vítima relatar de forma livre as características do sujeito, para posteriormente realizar o ato, isso se tiver condições de reconhecê-lo, estando separada de outras vítimas e testemunhas que eventualmente pertençam ao mesmo caso, o que foi de fato bem delimitado na Resolução 484. Para tanto, o suspeito deve ser colocado ao lado de outros indivíduos semelhantes, com características compatíveis, como

altura, cor do cabelo, cor da pele, barba, feições do rosto, vestimentas, marcas na pele (queimaduras ou tatuagens), buscando-se uma melhor observação pela vítima ou testemunha.

A corroborar, caso mantido o reconhecimento por fotografia na legislação, e buscando minimizar possíveis distorções da memória, algumas normas poderiam ser seguidas: uma delas diz respeito a quem conduz o reconhecimento, seja o policial ou delegado, além de estar capacitado para tal procedimento, não deve ter conhecimento sobre quem é o suspeito, caso contrário, durante a amostragem à vítima ou testemunha – que também não deve conhecer o suspeito (*doubleblindness* ou duplo-cego) – , o profissional tende a demonstrar verbalmente ou não acerca do suspeito, utilizando expressões faciais que podem induzir a pessoa que efetua o reconhecimento (STEIN; DE ÁVILA, 2015); outra norma refere-se ao equilíbrio e não enviesamento do alinhamento a serem testados antes mesmo do reconhecimento (*fairness test* ou teste de imparcialidade), tendo em vista que a dimensão nominal (número de pessoas por alinhamento) é menos importante que a dimensão funcional (número de pessoas semelhantes ao suspeito), ou seja, para obter-se um reconhecimento mais fidedigno é necessário que o alinhamento seja o menos enviesado, o mais equilibrado possível (STEIN; DE ÁVILA, 2015).

Assim, alinhando pessoas com características semelhantes é possível que se obtenha um melhor resultado durante o procedimento. Nesse interim, o “duplo-cego” aliado ao teste de imparcialidade, exercem uma forma de melhoramento no ato reconhecedor, sendo importante também que se registre em gravação todo o reconhecimento, a fim de que seja validado posteriormente pelo juízo de primeiro e segundo grau, permitindo que conheçam melhor o rigor (ou não) observados nestas práticas (STEIN; DE ÁVILA, 2015), o que também foi trazido pela supracitada Resolução.

Outro ponto central a ser considerado, diz respeito ao treinamento especializado dos profissionais responsáveis pela condução do reconhecimento. A falta de padronização e diversidade das práticas observadas, muitas vezes resultando em indícios não confiáveis e contraditórios, “parecem ter como consequência o agravamento da situação do judiciário, já assoberbado pela carga de trabalho excessivo, carências de estrutura física e de pessoal capacitado, além do aumento do número de atos envolvidos no processo de criminalização” (STEIN, DE ÁVILA 2018, pág. 49). Assim, haveria a necessidade do enfoque mais qualitativo na produção de prova, e menos quantitativo, possivelmente resultando em uma maior efetividade da justiça, com menos erros. Já com relação à estrutura, percebe-se a ausência de salas específicas para que seja realizado o reconhecimento pessoal nas delegacias de polícia (STEIN, DE ÁVILA, 2015), o que acaba ocorrendo em local inapropriado e desprovido de qualquer técnica, o que urge ser modificado em reforma legislativa, ao passo que se concretize a correta aplicação do reconhecimento.

Por derradeiro, há que se ressaltar a pertinente necessidade de atribuir à prova de reconhecimento o caráter irrepetível, valendo-se para isso de todos os estudos já angariados que relatam as condições da memória e sua suscetibilidade ao esquecimento e falsas memórias, especialmente quando o lapso temporal entre a data do fato e do reconhecimento em juízo é sobremodo inadequado, o que dificulta ainda mais o processo de evocação da lembrança e, acima de tudo, culmina em indicações incorretas de pessoas inocentes. Para que todos os aspectos e mudanças possam ser implementados de forma efetiva, deve-se difundir a importância do reconhecimento baseado em aspectos científicos e nos recentes estudos psicológicos acerca das falsas memórias através de cartilhas informativas e cursos a serem ministrados nos órgãos vinculados à justiça.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo exposto, percebe-se a grande influência da memória em nossa vida, notadamente em eventos traumáticos e que nos expõe a emoções conturbadas, as quais podem, não raras as vezes, nos conduzir a lembranças errôneas e que jamais existiram. Podemos entender que os conhecimentos que tangem o funcionamento da memória, em sendo ela o cerne do reconhecimento, constituem importantes formas de subsídios político-criminais. Desse modo, a inflação legislativo-penal que temos em nosso país tem como um de seus efeitos colaterais a exposição de pessoas ao processo de criminalização, onde estão sujeitas aos empecilhos e esquecimento natural atinentes à lembrança da vítima ou testemunha. Por isso, a interdisciplinaridade, em especial com a psicologia, faz-se imprescindível a cada dia na prática do Direito, tanto para a segurança do processo penal justo e efetivo, quanto para conscientizar os operadores da ciência jurídica que, ao convalidar um ato eivado de vícios, estamos abalando não somente a seara probatória, mas principalmente a vida de uma pessoa que pode acabar sendo presa e condenada, mesmo que inocente.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVES, Cintia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. Ribeirão Preto: **Paidéia**, v. 17, n. 36, pág. 45-56, 2007.

BADDELEY, Alan; EYSENCK, Michael; ANDERSON, Michael. **Memory**. Psychology Press, 2014.

BARBOSA, Márcio Englert; BRUST-RENCK, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O papel do alerta nas memórias verdadeiras e falsas para informações centrais e periféricas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**. V. 27, n. 1, pág. 100-109, 2014.

BRAINERD, C. J; REYNA, V. F. Fuzzy-trace theory and false memory. **Current Directions in Psychological Science**, v. 11, n. 5, pág. 164-169, 2002.

BRAINERD, C. J; REYNA, V. F. When things that were never experienced are easier to “remember” than things that were. **Psychological Science**, v. 9, pág. 484-489, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) > Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 683.840– SP (2018/1704335). Relator: Ministro Jorge Mussi. 15 de março de 2018. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;aresp:2018-03-15;683840-1704335> >. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.054.280 – PE (2017/0029361-0). Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. 06 de junho de 2017. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;aresp:2017-06-06;1054280-1631242> >. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.617.926 – SP (2020/1922287). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. 05 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;aresp:2020-03-05;1617926-1922287> >. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 427.051 – SC (2018/1709963). Relator: Ministro Felix Fischer. 05 de abril de 2018. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2018-04-05;427051-1709963> >. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 598.886 – SC (2020/0179682-3). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 27 de outubro de 2020. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticia/s/27102020%20HC598886-SC.pdf> >. Acesso em 19 de outubro de 2023.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 652.284 – SC (2021/ 0076934-3). Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. 27 de abril de 2021. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2048532&tipo=0&nreg=202100769343&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210503&formato=PDF&salvar=false> >. Acesso em 19 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 712.781 – RJ (2021 /0397952-8). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 2021. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf> >. Acesso em 19 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 206.846 – SP (2022). Relator: Ministro Gilmar Mendes. 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760929630> >. Acesso em 19 de outubro de 2023.

CECCONELLO, William Weber; DE ÁVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, pág. 1057-1073, 2018.

DE ÁVILA, Gustavo Noronha. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das Falsas Memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v.2, n. 1, 2014.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DUDAI, Yadin; EDELSON, Micah G. Personal memory: is it personal, is it memory? **Memory Studies**, v. 9, n. 3, pág. 275-283, 2016.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Atuação estratégica. Disponível em: < <https://www.innocencebrasil.org/o-que-fazemos> > . Acesso em 27 de agosto de 2022.

INNOCENCE PROJECT. Explore The Numbers: Innocence Project's Impact. Disponível em: < <https://innocenceproject.org/exonerations-data/> >. Acesso em 27 de agosto de 2022.



JOHNSON, Marcia K.; HASHTROUDI, Shahin; LINDSAY, D. Stephen. Source monitoring. **Psychological Bulletin**, v. 114, pág. 0328, 1993.

JUNIOR, Paulo J. N; PALLADINO-NEGRO, Paula; LOUZÃ, Mario Rodrigues. Dissociação e transtornos dissociativos: modelos teóricos. **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 21, n. 4, pág. 239-248, 1999.

LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. **Scientific American**, Set. 1997. Disponível em: <<http://www.oocities.org/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm>>. Acesso em 27 de agosto de 2022.

LOFTUS, Elizabeth F.; HOFFMAN, H. G. Misinformation and memory: The creations of new memories. **Journal of Experimental Psychology: General**, v.118, pág. 100-104, 1989.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova**. Necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PALMA, Priscila de Camargo; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUSTRENCK, Priscila Goergen; ROSSETTO, Carolina Prates Ferreira; CRIPPA, José Alexandre de Souza. False memories in social anxiety disorder. **Archives of Clinical Psychiatry**. São Paulo. v. 44, n. 5, pág. 113-116, 2017.

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, pág. 1699-1731, 2020.

NEGRO JUNIOR, Paulo Jacomo; PALLADINO-NEGRO, Paula; LOUZÃ, Mario Rodrigues. Dissociação e transtornos dissociativos: modelos teóricos. **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 21, n. 4, pág. 239-248, 1999.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST-RENCK, Priscila G.; STEIN, Lilian Milnitsky. Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória. **PsicoUSF**. v. 13, n.1, pág. 21-29, 2008.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST-RENCK, Priscila G.; DA ROCHA, Aline Ferreira; SOSSELLA, Mariana; DA ROSA, Francisco Heitor. Falsas memórias e diferenças individuais: um estudo sobre fatores de personalidade e qualidade da memória. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 26, n. 2, pág. 319-326, 2013.

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro (Coord); GONÇALVES, Victor E. Rios. **Direito Processual Penal esquematizado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). Ipea – Série Pensando o Direito, n. 59, 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. **Boletim de Análise Político-Institucional**, nº 17, pág. 45-51, 2018.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde**. Unipar, v. 5, n. 2, 2001.

THOMA, Volker; LAVIE, Nilli. Perceptual load effects on processing distractor faces indicate face-specific capacity limits. **Visual Cognition**, v. 21, n. 8, pág. 1053-1076, 2013.

THOMPSON, Sandra Guerra. **Beyond a reasonable doubt – Reconsidering uncorroborated eyewitness identification testimony**. University of California, Davis, v. 41, 2008.

## **TRIBUNAL DO JÚRI: ANACRÔNICO OU CONTEMPORÂNEO?**

**GEOVANA FREITAS QUEIROZ:**

graduanda do curso de Direito da Faculdade Aldete Maria Alves<sup>60</sup>.

**FERNANDA DE JESUS SOUSA ANDRADE**<sup>61</sup>

**MARIA VITÓRIA DE ARRUDA**<sup>62</sup>

(coautoras)

**ANDRÉ DE PAULA VIANA**<sup>63</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo científico tem o condão de estudar as origens do Tribunal do Júri, desde os primórdios até a atualidade, apresentando os principais princípios que o regem, os integrantes e o rito utilizado, as razões que o faz ser contemporâneo e as críticas que o levam ao anacronismo, sendo, por fim, apresentado hipóteses de modificação, sem que haja a sua extinção. Em suma, o artigo possui a finalidade de apresentar pontos referentes ao Tribunal do Júri, que o leve a crer que, esta instituição, embora tenha sido considerada um pilar na democracia, atualmente, necessita de reformas para o seu aprimoramento. Buscou-se examinar as várias críticas dirigidas a essa instituição por meio da realização de pesquisas bibliográficas. Além disso, consultou-se a literatura especializada em busca de correntes de pensamento que tanto apoiassem quanto se opusessem a essas críticas. A principal questão levantada para a elaboração deste trabalho foi: o Tribunal do Júri é uma instituição que se tornou anacrônica ou ainda se reveste pela contemporaneidade? O objetivo principal deste artigo científico foi encontrar razões que

---

60 E-mail: [geovanafqueiroz@gmail.com](mailto:geovanafqueiroz@gmail.com)

61Graduanda em Direito, Faculdade Aldete Maria Alves/FAMA, Iturama/MG.  
[fernandadejesousa@gmail.com](mailto:fernandadejesousa@gmail.com)

62Graduanda em Direito, Faculdade Aldete Maria Alves/FAMA, Iturama/MG. [mvtorials2016@gmail.com](mailto:mvtorials2016@gmail.com)

63Graduado em Direito. Advogado. Pós Graduado em "O Processo e o Direito Civil". Mestre em "Ciências Ambientais". Docente no curso de Direito e no curso de Medicina, Presidente Docente da Liga de Medicina Legal (LAMEL) do Curso de Medicina, Membro de Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), Membro do NDE do Curso de Direito, todos pela Universidade Brasil - Fernandópolis-SP. Pós Graduado em "Direito Médico" pela UNIARA - Araraquara-SP. Membro do NDE e Docente no curso de Direito da Faculdade FAMA-Iturama-MG.

pudessem concluir essa pergunta, sendo assim, foi estudado sua história, princípios, argumentos positivos e negativos.

**Palavras-chave:** Tribunal; Júri; anacrônico.

**ABSTRACT:** This scientific article has the power to study the origins of the Jury Court, from the beginnings to the present, presenting the main principles that govern it, the members and the rite used, the reasons that make it contemporary and the criticisms that lead to anachronism, and, finally, hypotheses for modification are presented, without their extinction. In short, the article aims to present points regarding the Jury Court, which leads you to believe that this institution, although it has been considered a pillar of democracy, currently needs reforms for its improvement. We sought to examine the various criticisms directed at this institution by carrying out bibliographical research. Furthermore, specialized literature was consulted in search of currents of thought that both supported and opposed these criticisms. The main question raised in the preparation of this work was: is the Jury Court an institution that has become anachronistic or is it still contemporary? The main objective of this scientific article was to find reasons that could conclude this question, therefore, its history, principles, positive and negative arguments were studied.

**Keywords:** Court; Jury; anachronistic.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como peça fundamental embasar questões sobre o Tribunal do Júri, sua instituição é considerada venerável e profundamente enraizada nos sistemas judiciais de diversos países. Entretanto, conforme o mundo caminha rumo ao século XXI, surge a pertinente questão: o Tribunal do Júri é contemporâneo ou anacrônico? Tal questionamento ecoa pelo contexto das transformações sociais, tecnológicas e culturais que se amoldam em nossas sociedades, e diante de tal evolução, o sistema do Júri enfrenta diversas críticas e desafios quanto à sua compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico.

O Tribunal do Júri foi contemplado como um pilar da democracia na Constituição Federal de 1988, sua instituição permite que os cidadãos de nossa sociedade participem de forma direta no julgamento, agindo conforme sua consciência e a justiça, de modo que, tal justiça seja cumprida perante os valores e as normas da comunidade. Entretanto, em um mundo cada vez mais interconectado, o Júri tem sido alvo de críticas e questionamentos quanto a sua imparcialidade, eficácia e eficiência nos casos complexos.

Neste embasamento, buscaremos os méritos e as limitações do Tribunal do Júri no contexto contemporâneo. Veremos como as mudanças sociais e tecnológicas condicionam

a sua eficácia e operação, assim como os desafios enfrentados para garantir julgamentos justos e imparciais. O questionamento principal prevalece: o Tribunal do Júri, instituído desde os primórdios, continua a ser importante e indispensável em nossos sistemas judiciais atuais, ou, trata-se de um vestígio anacrônico do passado que necessita de adaptações ou métodos alternativos de julgamento?

Pesquisar argumentos pertinentes foi o objetivo principal deste trabalho para responder a esta questão, sendo utilizado, pesquisas sobre seu conceito, seus princípios, bem como, os pontos positivos e negativos, através de doutrinas e pesquisas bibliográficas.

## **2. TRIBUNAL DO JÚRI**

O Tribunal do Júri nasceu em nosso ordenamento jurídico pela Lei de 18 de junho de 1822, no qual tinha competência para julgar os crimes de imprensa.

Em 1824, com a Constituição Imperial, o Poder Judiciário passou a integrar essa instituição, recebendo a competência para julgar amplamente causas cíveis e criminais. Nesta época, o júri era constituído por 24 juizes de fato escolhidos “dentre os homens patriotas, honrados, bons e inteligentes”, sendo que, suas nomeações eram de competência dos corregedores e ouvidores do crime. Sublinha-se que aos jurados era atribuído o poder de decidir sobre a matéria fática, enquanto os juizes aplicavam o direito. Através deste entendimento, leciona Capez:

o júri foi disciplinado em nosso ordenamento jurídico pela primeira vez pela lei de 18 de junho de 1822, a qual limitou sua competência ao julgamento dos crimes de imprensa. Com a Constituição imperial de 25 de março de 1824, passou a integrar o Poder Judiciário como um de seus órgãos, tendo sua competência ampliada para julgar causas cíveis e criminais. Alguns anos depois, foi disciplinado pelo Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, o qual conferiu-lhe ampla competência, só restringida em 1842, com a entrada em vigor da lei n. 261. (2023, p. 675).

A Constituição de 1937 permitiu que o Decreto n. 167, de 5 de janeiro de 1938, suprimisse a soberania que exalava nas Constituições anteriores em relação ao Tribunal do Júri, permitindo que os tribunais de apelação reformassem seus julgamentos pelo mérito. Prevendo os direitos e garantias constitucionais, a Constituição democrática de 1946 restabeleceu a soberania do Júri. Após, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 manteve o júri como direito e garantia individual, e, com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, restringiu-se a competência do júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Atualmente, o Tribunal do Júri encontra-se pautado no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988 no Capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos.

## 2.1 Conceito

O Tribunal do Júri é uma instituição legal constituída por 01(um) juiz e 25 (vinte e cinco) jurados, que são cidadãos comuns da sociedade, dentre os 25 jurados, são sorteados sete para constituírem o Conselho de Sentença. Tais jurados possuem a competência para decidir sobre a culpabilidade ou inocência de réus envolvidos em crimes dolosos contra a vida, como por exemplo o homicídio.

Nesse contexto, Nucci afirma que: “O jurado vota pela condenação ou absolvição do réu, o que lhe confere poder, mas, sobretudo, responsabilidade. Essa mescla provoca o sentimento de civismo, extremamente interessante às nações que se pretendam democráticas. (2015, p.58)”

## 2.2 Previsão constitucional

O Tribunal do Júri está previsto no artigo 5º, XXXVIII, na Constituição Federal de 1988, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, garantindo ao cidadão o direito de defesa sem eventuais abusos dos representantes do poder, permitindo que seja julgado por cidadãos de sua classe:

*Art. 5º, XXXVIII. É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*

*a) a plenitude de defesa;*

*b) o sigilo das votações;*

*c) a soberania dos veredictos;*

*d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.*

Assim, a previsão constitucional do Tribunal do Júri promove um papel vital na proteção dos direitos dos cidadãos, na participação popular no sistema jurisdicional e na garantia de julgamentos justos, fortalecendo os princípios de democracia, equidade e respeito aos direitos humanos.

## 2.3 Princípios do Tribunal do Júri

*A Constituição Federal de 1988, assegurou ao Tribunal do Júri princípios fundamentais que são essenciais para o seu funcionamento adequado. Esses princípios*



*constitucionais visam garantir um julgamento justo e imparcial. São eles os seguintes princípios:*

### *2.3.1 Plenitude de defesa*

*A plenitude de defesa garante ao réu a oportunidade de ter uma defesa completa e eficaz perante o Tribunal do Júri. Por isso, o réu possui o direito de ser assistido por um advogado, o direito de arrolar suas próprias testemunhas, o de interrogar e confrontar as testemunhas da acusação e o direito de apresentar provas para sua defesa.*

*Em razão disso, se em determinada Sessão em Plenário o juiz-presidente verificar que o defensor do acusado não está produzindo uma defesa adequada, poderá considerar-lhe réu indefeso, dando a ele a oportunidade de constituir um novo advogado, ou lhe ser nomeado um advogado.*

### *2.3.2 Sigilo de votações*

*Este princípio tem como fundamento resguardar a privacidade dos jurados, de modo que, eles possam expressar suas opiniões de maneira independente e sem se preocuparem com as consequências pessoais de seus votos. Segundo Gustavo Henrique Badaró:*

para que os jurados possam ter tranquilidade e serenidade para votar, manifestando livremente suas convicções e evitando qualquer forma de constrangimento, é justificável que a votação ocorra longe dos olhos do público. Em suma, a sala secreta não é decorrência do sigilo das votações. Todavia, o interesse público de que os jurados decidam de maneira isenta e sem pressões justifica a restrição da publicidade dos atos processuais (CR, art. 93, caput, IX) no momento da votação dos quesitos. (2021, p. 1068)

Por isso, conclui-se que, este princípio possui o condão de garantir a liberdade de expressão na votação em plebiscito e prevenir qualquer forma de coerção, intimidação ou discriminação, protegendo a privacidade dos jurados e a autonomia de decidir sobre o veredicto.

### **2.3.3 Soberania dos veredictos**

Em relação ao princípio da soberania dos veredictos, Fernando Capez colaciona que:

A soberania dos veredictos implica a impossibilidade de o tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito. Trata-se de princípio relativo, pois no caso da apelação das decisões do Júri pelo mérito (art. 593, III, d) o Tribunal pode anular o julgamento e determinar a realização de um novo, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos. (2016, p. 677)

Através do entendimento de Capez, é possível compreender que a soberania dos veredictos impossibilita que o tribunal técnico modifique a decisão dos jurados pelo mérito. Entretanto, trata-se de princípio relativo, pois em uma apelação, se o tribunal entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos, poderá o julgamento ser anulado e determinado a realização de um novo.

## **2.4 Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida**

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, XXXVIII, d, a competência do júri para julgar os delitos dolosos contra a vida.

Tal competência é considerada mínima, pois ela não pode ser suprimida, ou seja, somente o Tribunal do Júri pode julgar os crimes dolosos contra a vida. Além disso, essa competência também é considerada mínima, pois, ela pode ser estendida, como por exemplo, nos casos de conexão ou continência.

O artigo 78, inciso I, do Código de Processo Penal, estabelece que: “Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.”

O texto constitucional estabelece que os crimes julgados pelo Tribunal do Júri são homicídio simples (art. 121, caput); privilegiado (art. 121, § 1º), qualificado (art. 121, § 2º), induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (arts. 124, 125, 126 e 127). Além desses, vinculam-se os delitos conexos, que devem ser julgados também, pelo Tribunal do Júri.

## **2.5 Tribunal do Júri e seus integrantes**

O Tribunal do Júri é composto pelo Juiz Presidente, que é responsável em conduzir o julgamento, além disso, ele garante que as regras sejam seguidas e que haja um julgamento justo. Também pelo Promotor de Justiça, que é responsável em apresentar evidências e argumentos para provar a culpa do réu, e pelo Advogado de Defesa, no qual

representa o réu, e que possui a finalidade de realizar a defesa do acusado e tentar provar sua inocência.

Por fim, compõe-se também, de sete jurados selecionados na comunidade, cidadãos maiores de 18 anos, com plenos direitos políticos e sem antecedentes criminais. A presença dos jurados possui a finalidade de garantir que a justiça seja feita com as perspectivas da sociedade.

## **2.6 Rito do Júri**

O rito do Tribunal do Júri é bifásico, ou seja, é dividido em duas fases bem distintas.

1ª fase – “judicium accusationis” ou juízo de acusação.

Nesta fase, o objeto é a admissibilidade da acusação perante o Tribunal, de modo que são produzidas provas para apurar a existência de crime doloso contra a vida. Inicia-se essa fase com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou queixa pelo querelante, e termina com a sentença de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. José Frederico Marques interpreta que a primeira fase, é fase da:

formação da culpa, um procedimento preliminar da instância penal em que se examina da admissibilidade da acusação. Desde que o crime fique provado, e que se conheça o provável autor da infração penal, prossegue a relação processual para que se instaure a fase procedimental em que vai realizar-se o *judicium causae* [...] (1997,p.348).

Para que o processo siga para a segunda fase, é necessário que a sentença final seja de pronúncia.

2ª fase – “judicium causae” ou juízo da causa.

A segunda fase tem início após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, passando o processo pela preparação para o julgamento em plenário, encerrando-se pela sentença dada pelo Conselho de Sentença, que poderá ser de condenação ou absolvição.

## **3. A CONTEMPORANEIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI**

O Tribunal do Júri tem como simbolismo a participação da sociedade no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de modo que, sejam julgados de forma justa e equitativa, elevando a confiança do público no sistema de justiça.

O Tribunal do Júri é frequentemente elogiado por sua capacidade de envolver cidadãos comuns no processo de julgamento, garantindo a participação democrática e a imparcialidade.

Muitos doutrinadores defendem que o Tribunal do Júri tem contemporaneidade, pois permite a participação cidadã, ou seja, que pessoas comuns tenham voz no processo de julgamento de crimes, bem como, que os réus tenham um julgamento por seus pares. Nessa lógica, Joseane de Menezes Condé, discente de Direito, colaciona que:

conclui-se que o Tribunal do Júri é uma instituição sui generis de suma importância interpretativa e teleológica para o mundo jurídico e para os cidadãos protegidos pelo Estado Maior. A partir da contextualização sobre sua origem, nota-se que desde os primórdios os indivíduos necessitavam de julgar crimes de maior ofensividade e de maior potencial lesivo. Resta saber se a processualística implementada na contemporaneidade permite atingir a verdade real necessária à absolvição ou à condenação do réu, com amparo na Constituição Federal de 1988 e na Declaração Universal de Direitos humanos. (MENEZES, 2021)

Em que pese as mudanças na sociedade e no sistema legislativo, muitos entendem que o Tribunal do Júri ainda desempenha um papel excepcional na busca pela justiça na manutenção do equilíbrio de poder e na promoção da democracia e dos direitos humanos.

#### **4. A VISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI COMO ANACRÔNICO**

Muito embora a instituição do Tribunal do Júri seja amplamente reconhecida por seus méritos na busca pela justiça e democracia, este não se exime das críticas existentes. O Tribunal do Júri é alvo de debates em relação ao seu funcionamento e sua eficácia. Veja-se abaixo as principais críticas quanto a esta instituição:

##### **4.1 A influência da mídia na decisão do Conselho de Sentença**

Atualmente, a mídia possui grande importância quando se trata do direito à informação, sendo que, através dela é repercutido todos os eventos mundiais, sendo eles bons e ruins. Figueiredo Teixeira (2011, p. 15) reforça sobre tal entendimento que:

A Imprensa, por sua vez, tornou-se indispensável à convivência social, com atividades múltiplas, que abrangem noticiário, entretenimento, lazer, informação, cultura, ciência, arte, educação e tecnologia, influenciando no comportamento da sociedade, no consumo, no vestuário, na alimentação, na linguagem, no vernáculo, na ética, na política, etc. Representa, em síntese, o mais poderoso instrumento de influência na sociedade dos nossos dias.

A mídia tem forte repercussão para a sociedade e para o mundo jurídico, de modo que, a depender do caso concreto, pode influenciar na decisão dos jurados no Tribunal do Júri. Sabe-se que as notícias propagadas pela mídia, nem sempre são condizentes com a realidade. Na maioria das vezes, as informações apresentadas são bem limitadas, ressaltando apenas o pensamento do jornalista, informante, baseado no seu ponto de vista.

Normalmente, os crimes contra a vida são os que mais ocupam espaço no jornalismo brasileiro. O delito de homicídio (art. 121, CP) é o que mais se destaca dentre eles, principalmente pelo modo que são praticados e pela desigualdade entre a violência praticada e o fim pretendido.

Um exemplo de caso muito comovente e que tomou grande proporção por todo o Brasil, antes mesmo da realização do julgamento, foi o caso do homicídio da criança Isabella Nardoni, que foi jogada do sexto andar de um edifício em São Paulo. Este caso teve grande repercussão, tomando conta de todos os meios de comunicação do país, principalmente porque os réus eram pai e madrasta da vítima.

Illana Casoy testemunhou durante todo o julgamento e declarou que o fator decisivo para o veredicto foi o desempenho das testemunhas, ou seja, a minuciosa investigação técnica realizada em relação aos eventos ocorridos no interior do Edifício London na noite do incidente. No entanto, é inegável que, mesmo na ausência dessa investigação meticulosa realizada pelos peritos para comprovar a materialidade do crime, o casal teria sido condenado da mesma forma, devido à influência sensacionalista que a mídia exerceu sobre o público brasileiro. Assim colaciona Flávio Prates:

Enquanto a mídia conta com a mais alta tecnologia na divulgação de informações, as quais muitas vezes não correspondem à veracidade dos fatos, o Tribunal do Júri se mantém quase que nos mesmos

moldes dos tempos mais remotos. É valiosa a pretensão de que o réu seja “julgado pelos seus pares”, como garantia de justiça, mais nem sempre, (...) esses “pares” terão o equilíbrio e o discernimento para filtrar o que reiteradamente incutido em seus pensamentos antes do julgamento do processo que irão decidir. Dificilmente um jurado consegue manter-se isento diante da pressão da mídia e do prévio julgamento “extrajudicial” transmitido diariamente para suas casas. (PRATES, 2008, p.38)

Em razão disso, pode-se concluir que com a influência da mídia, nem sempre os jurados agirão com imparcialidade, chegando muitas das vezes com seus veredictos formados antes mesmo do julgamento.

#### **4.2 A Incapacidade Técnica do Conselho de Sentença**

O artigo 436 do Código de Processo Penal estabelece que, para assumir a função de jurado, o cidadão deverá ser maior de 18 (dezoito) anos, com notória idoneidade, devendo estar em pleno gozo dos direitos políticos, bem como, possuir bons antecedentes criminais e prestar o serviço voluntariamente.

Entretanto, sabe-se que a maioria dos jurados selecionados para assumir essa função, são cidadãos leigos e desprendidos do conhecimento técnico necessário para a gravidade do caso. Marques preceitua que:

“Para julgar não basta o bom senso, nem tampouco o rigorismo com o delinquente. A tarefa é muito mais vasta e complexa e requer, por isso, amadurecimento e reflexão baseada em conhecimentos científicos bem sedimentados” (MARQUES, 1997, p. 26).

Portanto, pode-se inferir que a ausência de conhecimento técnico por parte do júri pode resultar em uma decisão injusta, evidenciando também a capacidade da defesa ou da acusação de influenciar o desfecho do julgamento por meio de elementos externos ao caso em questão. Isso, por sua vez, representa uma ameaça à confiabilidade do sistema de júri aos olhos da sociedade.

#### **4.3 A Falta de Motivação nas Decisões do Tribunal do Júri**

A Constituição Federal de 1988, delibera em seu artigo 93, inciso IX, o princípio da motivação das decisões judiciais, isto é, determina que o julgador ao proferir determinada decisão, deve impreterivelmente expor suas razões práticas e jurídicas, sob pena de nulidade processual. Tal fundamentação está ligada ao princípio do contraditório,



tendo em vista que, o acusado possui o direito de ter discernimento dos motivos de sua sentença, principalmente quando esta for de natureza condenatória.

Entretanto, o Código de Processo Penal, deliberou o jurado de fundamentar sua decisão, ou seja, este possui discricionariedade para decidir qual será o seu voto, através de sua consciência. Percebe-se assim, um evidente conflito entre norma infraconstitucional e a Carta Magna. De acordo com Aury Lopes Junior:

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora das provas dos autos e até mesmo decidam contra as provas. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des) valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar. “LOPES JUNIOR, 2014, p. 406)

Assim, a falta de motivação traz riscos ao resultado do julgamento, pois, a íntima convicção dos jurados excede os fatos explícitos no processo, podendo levar a situações de condenação/absolvição por razões de religião, opção sexual, aparência física, cor e posição socioeconômica.

#### **4.4 A Encenação no Plenário**

No Tribunal do Júri, certamente, inúmeros elementos se entrelaçam, desde a capacidade de evocar emoções até a habilidade de narrar, o domínio do espaço na sala de julgamento ou no palco, o poder de envolver a audiência e, por último, a destreza na arte da representação, conhecida como capacidade dramática.

Tendo em vista que, o princípio da oralidade é o que rege no Tribunal do Júri, a acusação e a defesa empregam estratégias não jurídicas para influenciar os jurados ao tomarem suas decisões, estratégias que geralmente não teriam impacto sobre o veredito de um juiz profissional. Conforme destaca Gabriel Chalita:

Não adianta, em suma, o conhecimento afunilado das técnicas e dos jargões jurídicos. De nada vale a cultura puramente jurídica ou o amplo conhecimento do Direito Penal e Processual Penal, ou ainda o domínio sobre as legislações extravagantes. É preciso mais: o poder da palavra, o toque imponderável e intangível da sedução. (CHALITA, 2007, p. 160)

Assim, os elementos externos, como a linguagem, a roupa ou a expressão do promotor, advogado ou acusado, influem na decisão dos jurados, dificultando a análise objetiva do caso concreto, tornando o julgamento profundamente subjetivo.

#### **4.5 O Desinteresse dos Jurados em Participarem do Tribunal do Júri**

É certo que, a participação dos jurados no Tribunal do Júri é excepcional, pois confere a eles, cidadãos do povo, o papel de exercer a democracia de forma direta.

Entretanto, a maioria das pessoas que são sorteadas para serem jurados, não possuem interesse em exercer essa função por diversos motivos, dentre eles, a impossibilidade dos jurados de realizarem atividades pessoais de seu interesse, como por exemplo, comparecer ao serviço, a não remuneração pelo trabalho, bem como, as pressões emocionais que os jurados sofrem. A juíza de direito Ana Raquel Colares dos Santos Linard, afirma que:

A par de todas essas considerações, ainda é preciso levar em conta que essas pessoas se transformam em alvo das famílias da vítima e do acusado, sofrendo, por vezes, pressões de cunho emocional, quando não ameaças de toda sorte ou até promessas de recompensa pecuniária. (LINARD, 2007)

Por fim, a magistrada supramencionada possui o entendimento que, a imposição aos cidadãos, que cumprem suas obrigações fiscais e legais, de julgar criminosos perigosos, sem possuírem qualquer treinamento técnico apropriado, os expõe de maneira injustificada, sem qualquer compensação financeira por essa incumbência. Além disso, o argumento de que ganham o direito a prisão especial e preferência em concorrências públicas não se mostra convincente.

#### **5. MODIFICAÇÕES NO FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Frente as diversas características consideradas anacrônicas pela doutrina e jurisprudência, é imperativo destacar igualmente as alterações propostas para modernizar

o processo do Tribunal do Júri em sintonia com as demandas da sociedade, visando sua plena adequação às necessidades sociais.

Modificar o Tribunal do Júri é necessário, de modo que, acompanhe o contínuo desenvolvimento da sociedade, possuindo o objetivo de: investir na educação dos jurados; melhorar a seleção de jurados; proteger os jurados; proteger as testemunhas.

Ao investir em programas de educação para jurados, estes poderão compreender plenamente suas funções e responsabilidades, bem como, evitar que façam julgamentos baseados em estereótipos e preconceitos. Também, em relação a seleção de jurados, esta deve ser realizada de forma minuciosa, devendo ser avaliada não somente os antecedentes criminais, mas também se possuem condições e aptidão para exercer tal função no caso concreto, garantindo que haja imparcialidade no julgamento. Ainda, deve-se garantir a proteção dos jurados, evitando represálias por parte do réu e sua família, assim como, da vítima, de modo que, façam um julgamento livre e de plena consciência. Nessa mesma vertente, é imprescindível a proteção da testemunha, que se expõe perante as partes e o Plenário, tal proteção deve garantir que preste o depoimento, sem se preocupar com o que possa acontecer posteriormente. Nesse sentido, argumenta o juiz de direito Pedro Pia de Freitas:

Sendo o Conselho de Sentença constituído por cidadãos comuns, que estão no seu dia-a-dia bem próximos do réu e de seus familiares, estão sempre sujeitos a qualquer represália que possa advir do próprio réu e/ou de seus familiares, quando a este réu que é conhecedor do jurado, de sua família e de seus hábitos, submetido a julgamento, lhe sobrevem resultado desfavorável, ficam todos expostos a sua índole agressiva. São por assim, “presas” fáceis. (FREITAS, 2000, p.116)

Além disso, é fundamental mencionar outras propostas de alteração apresentadas pelo ex-ministro de Justiça, Sérgio Fernando Moro, no âmbito do pacote anticrime. Nesse contexto, destacam-se duas mudanças significativas no procedimento do Tribunal do Júri, destinadas a aprimorar sua eficácia. A primeira delas diz respeito à eliminação do efeito suspensivo do recurso contra a decisão de pronúncia, o que significa que o réu será submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri mesmo se houver um recurso pendente. A segunda inovação consiste na introdução da execução provisória da pena, permitindo que o sentenciado inicie o cumprimento da pena imediatamente após a condenação pelo Tribunal do Júri, mesmo que haja a possibilidade de recurso.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante das considerações apresentadas, é evidente que o Tribunal do Júri é uma instituição com raízes profundas em nossa história jurídica, desempenhando um papel fundamental na busca pela justiça e na garantia da participação democrática dos cidadãos. No entanto, a contemporaneidade do sistema do Júri traz à tona, preocupações legítimas quanto à sua eficácia e imparcialidade.

As críticas mencionadas, como a influência da mídia, a falta de conhecimento técnico dos jurados, a ausência de motivação nas decisões, a encenação no plenário e o desinteresse dos jurados, revelam desafios significativos que precisam ser enfrentados para assegurar a integridade e a confiabilidade desse importante mecanismo de justiça.

Nesse contexto, a necessidade de reformas no funcionamento do Tribunal do Júri se torna evidente. As modificações sugeridas, incluindo o investimento na educação dos jurados, a melhoria na seleção, a proteção dos jurados, a proteção das testemunhas, representam passos importantes em direção a um sistema de Júri mais eficiente e justo.

Além disso, a proposta de eliminar o efeito suspensivo dos recursos e introduzir a execução provisória da pena, conforme apresentada pelo ex-ministro Sérgio Fernando Moro no pacote anticrime, pode contribuir para agilizar os processos do Tribunal do Júri e garantir que as decisões sejam efetivamente cumpridas.

Em última análise, a modernização do Tribunal do Júri é essencial para manter sua relevância e sua capacidade de cumprir sua missão de julgar os crimes dolosos contra a vida de forma justa e equitativa. A sociedade em constante evolução demanda um sistema de justiça que acompanhe as mudanças e se adapte às necessidades atuais, garantindo a todos os cidadãos o direito a um julgamento imparcial e eficaz. Considerando a necessidade de adaptação de qualquer instituição ou lei para evitar que se torne anacrônica, é imperativo reconhecer que o Tribunal do Júri não escapa a essa regra e, como não é possível extingui-lo, é essencial que se faça modificações em seu funcionamento.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASOY, Ilana. **A prova é a testemunha**. Larousse, 2010.

CHALITA, Gabriel. **A Sedução no Discurso – O Poder das Linguagens no Tribunal do Júri**. 4ª ed., Saraiva. 2007.

CONCEIÇÃO, Marcela dos Santos. **A influência da mídia no julgamento do caso Nardoni**. Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/31699/a-influencia-da-midia-no-julgamento-do-casal-nardoni> Acesso: 18/10/2023.

CONDÉ, Joseane de Menezes. **Tribunal do Júri – Avaliação procedimental na realidade legislativa aplicada ao caso concreto**. Revista Migalhas, 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/354027/tribunal-do-juri>. Acesso em: 19/10/2023.

FREITAS, Pedro Pia de. Tribunal do Júri: Modificação adaptativa para uma nova realidade social. Revista Themis, Fortaleza, v.3, n. 1, 2000. Disponível em [Tribunal do Juri.pdf \(stj.jus.br\)](#) Acesso em: 20/10/2023.

LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **Tribunal do Júri não consegue cumprir seus propósitos**. Revista Consultor Jurídico, 2007. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2007-mar-27/tribunal\\_juri\\_nao\\_cumprir\\_propositos](https://www.conjur.com.br/2007-mar-27/tribunal_juri_nao_cumprir_propositos). Acesso em: 19/10/2023.

MORO, Sérgio Fernando. **Projeto de Lei Anticrime**. Disponível em [projeto-de-lei-anticrime.pdf \(justica.gov.br\)](#) Acesso em: 20/10/2023.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Atualizada por Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

NETO, Manoel Santana Lobato. **A Falta de Motivação das Decisões do Júri e Sua Compatibilidade com o Modelo Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-falta-de-motivacao-das-decisoes-do-juri-e-sua-compatibilidade-com-o-modelo-constitucional-brasileiro/555778049>. Acesso: 18/10/2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2015.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim do Anjos. **A influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença**. Revista Direito e Justiça. Porto Alegre. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167/3791>. Acesso em: 18/10/2023.

**Roteiro do Tribunal do Júri.** Disponível em [https://www.tjdft.jus.br/informacoes/tribunal-do-juri/tribunaldojuri\\_antes.pdf](https://www.tjdft.jus.br/informacoes/tribunal-do-juri/tribunaldojuri_antes.pdf). Acesso em: 17/10/2023.

SILVA, José Edivaldo; NASCIMENTO, Genivaldo José. **A influência da mídia na decisão do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.** Cadernos de Graduação, 2017. Disponível em <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/3723/2370>. Acesso 17/10/2023.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi. **Manual do Tribunal do Júri.** Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/2-historico-do-tribunal-do-juri-no-brasil-e-o-modelo-democratico-de-justica-manual-do-tribunal-do-juri/1233936869>. Acesso em: 17/10/2023.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A imprensa e o judiciário.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 15, p. 15-20, ago./nov. 1996. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20397>. Acesso em: 17/10/2023



## **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE FACE À MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

**ROBERTA DANIELE DE BORBA SANTOS:**  
graduanda do Curso de Direito da Faculdade  
UniBH <sup>64</sup>

NATÁLIA MARRA  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo principal analisar o acórdão proferido pelo STF - Supremo Tribunal Federal – no julgamento do Habeas Corpus de nº 126.292 no dia 17 de fevereiro de 2017. A decisão em questão autoriza a expedição do mandado de prisão em desfavor do acusado após sentença condenatória em segunda instância, mesmo que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado do processo e ainda exista a possibilidade de interposição de recurso, possibilitando a execução provisória da pena. O presente trabalho tem como objetivo analisar o acórdão frente à Constituição Federal/88, com base no do princípio da não culpabilidade/presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, CF/88, analisando as consequências práticas dessa decisão no ordenamento jurídico bem como realizando uma análise crítica do julgamento mencionado. Insta salientar que após a decisão nº 126.292 o Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil (OAB) e o Partido Ecológico Nacional (PEN) ingressam com ações declaratórias de inconstitucionalidade com pedido de liminar junto ao STF, exigindo efeitos “ex tunc” das execuções provisória já determinadas, entretanto, as duas ações foram indeferidas, o que ratificou o entendimento anterior que causou tanta discussão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução provisória da pena. Não culpabilidade. Constituição Federal. Ordenamento jurídico.

**ABSTRACT:** The main objective of this scientific article is to analyze the ruling handed down by the STF - Federal Supreme Court - in the Habeas Corpus trial No. 126,292 on February 17, 2017. The decision in question authorizes the issuance of the arrest warrant in disadvantage of the accused after a conviction in the second instance, even if the case has not yet become final and there is still the possibility of filing an appeal, enabling the provisional execution of the sentence. The present work aims to analyze the ruling in relation to the Federal Constitution/88, based on the principle of non-culpability/presumption of innocence, provided for in art. 5º, LVII, CF/88, analyzing the practical consequences of this decision in the

<sup>64</sup> E-mail: robertadanielebs@gmail.com

legal system as well as carrying out a critical analysis of the aforementioned judgment. It is important to point out that after decision No. 126,292, the Federal Council of the Brazilian Bar Association (OAB) and the National Ecological Party (PEN) filed declaratory actions of unconstitutionality with a request for an injunction from the STF, demanding “ex tunc” effects of the provisional executions had already been determined, however, both actions were rejected, which ratified the previous understanding that caused so much discussion.

**KEY-WORDS:** Provisional execution of the sentence. Non-culpability. Federal Constitution. Legal system.

**Sumário:** Introdução. 1. Presunção da inocência. 1.1. Evolução histórica da presunção da inocência. 1.2. O que é presunção da inocência? 1.3. Execução provisória da pena. 2. Análise crítica do julgamento do HC 126.262. pelo STF. 2.1. Naturezas jurídicas da prisão decorrente do acórdão. 2.2. Fundamento e função dos recursos nos tribunais superiores. 2.3. A incompatibilidade com os artigos do CPP e LEP. 3. Consequências do cumprimento provisório da pena. 3.1. A supremacia das normas constitucionais. 3.2. A problemática da prescrição. 3.3. As ADC'S 43 e 44 de 2016 e sua relativização diante dos recentes julgados. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

No ano de 2017 ocorreu no Supremo Tribunal Federal o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 que abordava a execução provisória da pena, o relator era o Ministro Teori Zavascki. O Habeas Corpus foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Através dos autos é possível verificar que o acusado foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado por prática do crime de roubo qualificado cuja previsão está expressa no art. 157, 2º, I e II do Código Penal.

Diante da sentença condenatória que havia sido proferida em primeira instância a defesa interpôs recurso ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso, bem como determinou a expedição de mandado de prisão.

A defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça tendo o seu pedido de liminar indeferido, conforme decisão fundamentada da seguinte forma:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA

TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

O acórdão do STF decidiu que caso a condenação de primeiro grau fosse confirmada em segundo grau, o cumprimento da pena poderia ser iniciado de forma imediata, independente dos recursos disponíveis. Vejamos adiante a ementa do acórdão:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100, Divulgado em: 16/05/2016, Publicação em: 17-05-2016).

Subsequente, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 foram indeferidas. Os ministros reconheceram por maioria dos votos que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena privativa de liberdade após decisão em segunda instância.

Tal decisão foi muito repercutida por contradizer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Diante disso, o presente artigo irá analisar a colisão do princípio constitucional da não culpabilidade e o julgamento do HC nº 126.292.

## 1 – Presunção Da Inocência

Para que se compreendam os argumentos levantados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução provisória da pena, é preciso ter bem claros a evolução histórica e o conceito do princípio da presunção de inocência, bem como sua dimensão no ordenamento pátrio.

### 1.1 – Evolução Histórica Da Presunção Da Inocência

Desde antes do Império Romano, é possível notar elementos da presunção de inocência, sem, contudo, ser possível falar em um sistema fundado nesse princípio.

Ao final do século I a.C., e início da era cristã, há registros de que foi conferido ao Imperador Augusto o poder de, em caso de maioria condenatória por apenas um voto, votar pela absolvição do réu. Com o empate da votação, haveria a absolvição. (SANTALUCIA, 2010, p. 16).

Percebe-se que, em que pese o sistema funcionasse com a presunção de culpa, havia a noção do *in dubio pro reo*, o que contribui para demonstrar que é possível um sistema ser fundado na presunção de culpa, mas admitir o princípio do favor rei. Ambos os conceitos não se confundem e não se identificam, visto que a presunção de inocência vai muito além do que a mera aplicação do *in dubio pro reo*; do contrário, poder-se-ia admitir que a presunção de inocência remonta à época do Direito Romano, o que certamente não corresponde com a verdade.

Também no Império Romano, surgiu a prisão provisória, a qual, contudo, não possuía finalidade cautelar e processual, mas era empregada como forma de antecipação de pena, pois, com o fundamento de garantir a “credibilidade” de sua instituição pública – no caso, o próprio modelo político que se apresentava – e evitar o sentimento de impunidade, procedia-se ao encarceramento. (MORAES, 2010, p. 24-25)

Já durante a Idade Média, foram praticamente inexistentes elementos relacionados à presunção de inocência.

Inicialmente, tendo como maior influência a cultura bárbara, adotaram-se os julgamentos por meio das ordálias, chamados também de juízos de Deus. Nesses julgamentos, presumia-se a culpa do acusado, culpa essa que poderia ser desconstruída por ordálias. Acreditava-se que elas, provocariam a proteção divina de quem tivesse razão. Havia também os duelos judiciais, bem como as provas de água quente e do ferro em brasa. Praticamente seria considerado inocente quem sobrevivesse às violências, pois, acreditavam fielmente que Deus havia protegido o acusado da morte.

Conseqüentemente, com o crescimento da Igreja Católica, as ordálias foram abandonadas e posteriormente surgiu o período da Inquisição, este período se baseava em um direito penal do inimigo, que firmemente combatia a heresia. Nesse período, a dúvida do julgador não iria se resolver através da absolvição, mas sim, através da redução da pena. Já a prisão provisória funcionava como pena antecipada, não havendo qualquer cunho processual. De modo citam os autores Baigent, Leigh e Gonzaga:

“As prisões da Inquisição viviam abarrotadas de presos, grande número dos quais ainda não tivera nenhuma acusação feita contra eles. Podiam ficar encarcerados durante anos, sem ao menos saber a transgressão de que se dizia que eram culpados. Enquanto isso, eles e suas famílias eram privados de toda a propriedade, pois a prisão invariavelmente era seguida do imediato confisco de todos os pertences do acusado – tido, desde a casa até os pratos e panelas. E enquanto o homem definhava na prisão, ainda sem nenhuma acusação feita, suas posses eram vendidas para pagar sua manutenção no cativo.”

É possível verificar que na época da inquisição católica não existiam quaisquer sinais de presunção de inocência. Zanóide de Moraes inclusive afirmou que: “talvez seja a Inquisição o mais perfeito antípoda do que se deva entender por um sistema fundado na presunção de inocência”. (MORAES, 2010, p; 69)

Somente após a vinda do Movimento Iluminista, entre os séculos XVI e XVII, que o tema da presunção de inocência começou a ser falado efetivamente. O motivo principal foi o fato do ser humano deixar de ser visto como inimigo do Estado e passar a ser fonte e destino de seu poder. Essa corrente político-filosófica estabeleceu a racionalidade como alicerce para a construção de um novo sistema político, social, econômico e jurídico. (MORAES, 2010, p.74)

No ano de 1764, o italiano Cesare Beccaria advertia que:

“um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tirar-lhe a pública proteção, a menos que ele tenha violado os pactos estabelecidos”.

Posteriormente a isso, mais precisamente no ano de 1789 durante a Revolução Francesa foi redigida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pela primeira vez na história, a concepção do princípio da presunção de inocência foi inserido formalmente, através da seguinte redação:

“Art. 9º Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

Entretanto, a presunção de inocência inserida na declaração não se trata de um direito absoluto, da mesma forma que os princípios constitucionais também não são. A condição de inocente do imputado não irá impedir a sua prisão provisória.

Mesmo após os avanços que foram trazidos pelas ideias iluministas e revoluções liberais, a tomada do poder por Napoleão Bonaparte impediu o avanço do princípio da presunção de inocência. Conseqüentemente, a Constituição Francesa de 1795 e o seu Código de Instrução Criminal de 1808 ignoraram esse princípio e passou a adotar um modelo misto, esse modelo fundiu os modelos acusatório e inquisitivo e os tornou um único procedimento.

Mais tarde, com a ascensão de governos totalitários por todo o mundo, especialmente na Itália e Alemanha, o processo penal foi utilizado, mais uma vez, como instrumento institucionalizador dos desígnios dos ocupantes do poder. (MORAES, 2010, P. 120)

O Código de Processo Penal de 1913 e posteriormente o código de 1930, cuja produção ocorreu no auge do fascismo de Benito Mussolini, sob o manto de um tecnicismo neutro, abandonou a presunção de inocência. Zanóide de Moraes explica o momento histórico que justificou esse retrocesso através da seguinte redação:

“Presunção de culpa” (de periculosidade, de temibilidade, de heresia ou de insurgência política ou militar) advinda de uma postura embebida e fomentada por uma visão estatal autoritária (fascista e violenta) e pela qual todos, que não estivessem a seu lado (seguidores, adeptos, correligionários, familiares, companheiros de fé ou de partido), são maus (doentes, criminosos, hereges, rebeldes ou um perigo social), pela própria e simples condição de não lhe serem afins.”

Foi no contexto da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), no auge dos movimentos totalitários fascista e nazista, aos quais em muito se assemelhava o Estado Novo de Getúlio Vargas, que foi editado o atual Código de Processo Penal brasileiro. É certo que, desde 1941, o código sofreu diversas alterações, mas o momento de sua promulgação explica as bases e os princípios que norteiam seus dispositivos. As ideias positivistas e o código de processo penal italiano de 1930 foram tidos como inspiração para a construção da cultura



jurídico-criminal brasileira do século XX, o que justifica sua estrutura que rejeita toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. (MORAES, 2010, p. 155)

Não restam dúvidas de que o Código de Processo Penal de 1941, cuja promulgação ocorreu no auge do Estado Novo, na época ainda estava vigente a Constituição Polaca, foi estruturado com base na presunção de culpa. Mesmo após as reformas que o código recebeu, ainda estão restam vários dispositivos que estão em desacordo com o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, a cultura autoritária foi base para a elaboração do diploma processual.

Como exemplo pode-se citar a prisão provisória obrigatória, presente no Código de Processo Penal até a sua reforma, no ano de 1967. Não obstante a mudança redacional, e o advento da Constituição Federal que finalmente positivou o princípio da presunção de inocência, atualmente, ainda são proferidas diversas decisões com fundamentação na gravidade da infração investigada ou imputada ou mesmo na presunção de culpa, forjada em ideias positivistas do delinquente atávico, mas, não descoberto. (MORAES, 2010, p. 164).

Com o término da Segunda Grande Guerra, o mundo viu o poder de destruição criado pelo ser humano e os riscos para a humanidade no caso de uma nova Guerra. (SCHIMIDT, 2005, p. 84).

Era evidente a necessidade de evitar que fossem instauradas novas guerras. Diante disso, após o final da Segunda Guerra Mundial no dia 10 de dezembro de 1948, a III Assembleia Geral da ONU, promulgou a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, em seu art. 11, consagrou a presunção de inocência através do seguinte texto:

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

Após a promulgação da DUDH outros tratados e convenções internacionais foram assinados, com a finalidade de assegurar a paz mundial e as instituições democráticas de direito.

Os principais foram a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art. XXVI), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, §2º), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, art. 48, §1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos

Povo/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, art. 7º, § 1º, b), Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, e), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, §2º) e Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

O princípio da presunção da inocência somente foi positivado no sistema jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. LVII através da seguinte redação:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Entretanto, utilizou-se a nomenclatura “não culpado”, o que foi justificado, tendo como causa principal a tentativa de melhor apuro técnico da linguagem, em conformidade com o rigor da Escola técnico-jurídica italiana.

Posteriormente, através do Decreto de nº 678, do dia 06 de novembro de 1992, foi devidamente incluso ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu art. 8º, 2, trouxe seguinte redação:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Vê-se, pois, que foi adotado expressamente a expressão “presunção de inocência”.

O Pacto de São José da Costa Rica só teve a sua posição hierárquica pacificada no RE 466.343-1/SP e posteriormente reafirmada através da súmula vinculante 25. Foi entendido que o Pacto tem caráter supralegal na medida em que se trata de convenção internacional acerca dos direitos humanos e foi devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira, todavia, sem submissão ao processo legislativo que está estipulado no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Importante frisar que mesmo que o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido acerca posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica (e demais tratados internacionais sobre direitos humanos), grande parte do setor doutrinário defende que a convenção não tem status apenas supralegal, mas sim, constitucional. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes afirmam que:

“Todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana

se integram e se complementam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.”

### **1.2- Presunção De Inocência:**

O princípio da presunção da inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade é considerado um dos mais importantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio está expresso no art. 5º, LVII, CF/88 que preceitua que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Diante disso, entende-se que qualquer pessoa acusada e devidamente processada deverá ser considerada inocente até que haja a conclusão do processo através do trânsito em julgado – cuja decisão condenatória não caiba recursos. Somente após isso, o Estado poderá realizar a aplicação de pena ao indivíduo que fora condenado. A principal finalidade do princípio em questão é proteger o direito de liberdade.

Fábio Ramazzini Becharia entende que para o Estado, este princípio gera uma “obrigação de abstenção ou omissiva, de caráter limitador, um verdadeiro não abuso, traduzido na impossibilidade de satisfação do direito penal objetivo senão após o regular trânsito em julgado da decisão condenatória” (2005, p. 157-158).

Assim, entende-se que no processo penal, como regra, o réu deverá ser investigado e processado em liberdade, sendo que “o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”, como afirmam Távora e Alencar (2014, p. 61).

Se tratando de termo jurídicos, o princípio da presunção da inocência se desdobra em duas diferentes vertentes. A primeira se trata da regra de tratamento, pois o acusado deverá ser tratado como inocente ao decorrer do processo. A segunda vertente se trata de regra comprobatória, pois o dever de provar as acusações é do acusador, sendo vedado ao acusado o ônus da prova.

### **1.3- Execução Provisória Da Pena**

É importante diferenciar a prisão processual da prisão pena. A prisão processual é medida cautelar pessoal sendo subdividida em cinco modalidades, são elas: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia.

Entretanto, após a reforma do Código de Processo Penal ocorrida 2008, que corretamente revogou os art. 408, §1º e 594, não mais existe, teoricamente falando, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia.

Todavia, o Poder Judiciário persiste em aplicar a prisão como execução provisória. (BADARÓ, 2010, p. 714)

A natureza cautelar da prisão decorre das características que a definem, quais sejam: instrumentalidade, para assegurar a utilidade e eficácia do processo penal (aplicação do direito material no caso de eventual condenação); acessoriedade, na medida em que não é um fim em si mesmo, mas um mecanismo de um provimento final principal; preventividade, pois sua finalidade é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum libertatis*); provisoriedade, por ter prazo de duração (até a ocorrência de uma situação processual que não mais justifique a prisão, no caso da provisória; ou até o transcurso do lapso de 5 ou 30 dias, no caso da temporária); cognição sumária, eis que se exige apenas *fumus commissi delicti*, e não um juízo de certeza sobre o crime praticado; referibilidade, devendo a tutela cautelar estar vinculada ou conectada diretamente a uma determinada situação concreta de direito material; e proporcionalidade, pois a aplicação, duração, extensão e execução devem ser proporcionais ao delito praticado e ao que se pretende proteger, nunca podendo a medida cautelar ser mais gravosa que o próprio provimento final que se busca assegurar. (BADARÓ, 2012, p. 174)

Já a prisão pena, fundamenta-se no preceito secundário (*sanctio iuris*) da norma penal e materializa o fim principal do processo penal: a sanção punitiva estatal.

Através das definições de prisão processual e prisão pena é possível perceber que ambas constituem - do ponto de vista prático - pena privativa de liberdade. Trazendo a falsa ideia de que não há diferença para o réu estar preso como medida assecuratória do processo ou como punição pelo crime que foi supostamente praticado, pois, nas duas situações ele estaria com sua liberdade restringida. A única diferença para o preso seria de fato o local de encarceramento. Nesse sentido, Maurício Kuehne afirma que:

“Quanto à possibilidade de absolvição, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância.”

Mesmo que o réu fique preso tanto na prisão cautelar quanto na execução provisória da pena, existe uma diferença significativa entre os dois institutos, tendo em vista que, seus fundamentos e hipóteses de aplicação são totalmente diferentes. Enquanto a prisão cautelar exige fundamentação expressa quanto à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*; a execução provisória da pena pode ser decretada sem qualquer demonstração de sua necessidade para o processo.

É importante que façamos uma observação quanto a isso. A prisão provisória tem natureza cautelar e em teste deveria ser aplicada como medida excepcional a fim assegurar o regular prosseguimento do processo e evitar danos decorrentes de sua demora. Todavia, dados estatísticos demonstram que, na prática, a própria prisão processual tem natureza de execução de pena.

Segundo dados da InfoPen do Ministério da Justiça de junho de 2013, o Brasil contava com mais de 581 mil presos. 41% deles estavam em prisão provisória. No Estado do Amazonas, acima de 70% dos encarcerados eram presos provisórios. No Estado de São Paulo, 36% deles eram presos provisórios. Bruno Shimizu afirma que o número real é ainda maior, uma vez que os dados informados acima consideram apenas os presos sem julgamento e não incluem os que ainda aguardam o julgamento de apelação.

Dessa forma, caso seja utilizado argumento estatístico com intuito de aproximar a prisão pena provisória da prisão cautelar, seria mais correto considerar a prisão cautelar como uma execução antecipada da pena.

O entendimento de que a prisão acautelatória é perfeitamente constitucional, pois, num juízo de ponderação e proporcionalidade, naquele momento da prisão preventiva, era necessária a restrição à liberdade para proteger desenvolvimento do processo. Como toda e qualquer garantia constitucional, a presunção de inocência pode ser restringida, devendo ser sempre preservado seu núcleo fundamental. Nesse sentido, Zanóide de Moraes entende que:

“Pode-se afirmar que a presunção de inocência é direito fundamental que pode ser restringido, desde que de maneira excepcional, prevista em lei justificada constitucionalmente e aplicada de modo proporcional por decisão judicial motivada em seus desígnios juspolíticos.”

A discordância maior é a respeito da possibilidade da prisão como execução provisória da pena, pois existiam vários dispositivos infraconstitucionais a justificá-la.

O artigo 393 do Código de Processo Penal trás dois efeitos da sentença penal condenatória recorrível, são eles: ser o réu preso ou conservado na prisão, nos casos das infrações inafiançáveis bem como nas infrações nas afiançáveis enquanto a fiança não seja prestada e o seu nome não seja lançado no rol dos culpados.

Alexandre de Moraes entendia que o lançamento do nome no rol de culpados seria o único efeito que deveria ser suspenso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória por violar o princípio constitucional da presunção de inocência. O STF,

inclusive, no julgamento do HC nº 72.171/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, decidiu que o art. 5º, LVII da Constituição Federal “é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal”.

A Lei nº 12.403/2011 revogou o art. 393 do Código de Processo Penal, fazendo cair por terra esse argumento.

O art. 594 do Código de Processo Penal, cuja revogação foi realizada, exigia a prisão como requisito para apelar. O art. 595 completava ao considerar deserta a apelação do réu que fugisse. Os dois artigos mencionados foram revogados pela Lei nº 11.719/2008 e alguns dias antes de sua promulgação, o STJ editou a súmula 347 que estabelecia o seguinte: “o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

Sustentando a possibilidade de execução provisória no ordenamento jurídico brasileiro, há ainda o art. 669, I do Código de Processo Penal e art. 637 do mesmo diploma legal, o art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90 e as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal e súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça.

Embora não tenha sido expressamente revogada, a súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça perdeu sua razão com a revogação expressa pelo legislador infraconstitucional do art. 594 do Decreto-Lei nº 3.689/1941.

O art. 669, I, do Código de Processo Penal é claro quando autoriza a execução da sentença condenatória antes mesmo do trânsito em julgado. Entretanto, quando exige a prestação de fiança (que tem natureza cautelar), nos crimes afiançáveis, traz a ideia de que a prisão do réu condenado poderia ser uma medida cautelar e não uma prisão processual. Entretanto, na doutrina é predominante o entendimento de que o art. 669, I, CPP trás a ideia de execução provisória da pena. Afrânio Silva Jardim é enfático ao explicar esse posicionamento:

“É lógico que a fiança referida nos arts. 393, I, 594 e 669, I, não tem a natureza de contracautela. Se a prisão não é cautelar, a caução aí não funciona como substitutivo de algo que não existe. In casu, o legislador permitiu que o réu, mediante determinada quantia, pudesse adiar o começo de sua execução penal, aguardando desfecho do seu recurso. Parece lógico afirmar que a natureza cautelar de uma determinada medida não pode ser depreendida de uma suposta contracautela, mas, inversamente, a caução somente



terá natureza de contracautela se funcionar como sucedâneo de uma medida cautelar. É intuitiva.”

Temos redação semelhante no art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º da Lei nº 8.038/90, ao dar aos recursos extraordinário e especial apenas efeito devolutivo. Vejamos:

“Art. 637. O recuses extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

“Art. 27. Recebida pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contrarrazões. § Os recursos especial e extraordinário serão recebidos no efeito devolutivo.”

Entretanto, o art. 27, § 2º da Lei 8.038/90 foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, mantendo o afastamento do efeito suspensivo como regra no processo civil na medida em que seu art. 995 dispõe que:

“os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”

Já o art. 1.029, § 5º estabelece que:

“o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento”.

Sendo assim, se o efeito suspensivo deve ser requerido, como regra ele não é um dos efeitos da interposição dos recursos extraordinários.

Uma vez que os recursos aos tribunais superiores não têm efeito suspensivo, em regra, poder-se-ia dar início ao cumprimento de sentença quando pendente apenas o julgamento desses recursos. O efeito suspensivo é medida especial atribuído apenas quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O dano irreparável ou de difícil reparação no caso da execução provisória da pena privativa de liberdade é notório, por outro lado, a probabilidade do provimento do recurso decorre da análise do caso concreto.

Por fim, as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal dão a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A leitura desses enunciados nos leva a conclusão de que, se há progressão

de regime, antes do trânsito em julgado, é porque se pode executar a pena aplicada mesmo que ainda estejam pendentes recursos. Vejamos:

“Admite-se a progresso de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

“Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de que o réu se encontrar em prisão especial.”

Essa interpretação é rechaçada por Zanoide de Moraes pois o texto é claro e não utiliza a expressão “execução provisória” e as súmulas apenas atendem à exigência constitucional da proporcionalidade. Estando o réu preso cautelarmente, a medida coativa deve ser revista para conceder ao preso a possibilidade de mudar de regime ou progredir por estágios menos severos de encarceramento, seja em face da pena atribuída na decisão condenatória recorrível seja na pena prevista em abstrato. O que a aplicação da proporcionalidade traz é evitar que a medida restritiva provisória seja pior que a medida eventualmente definitiva.

## **2 – Análise Crítica Do Julgamento Do Hc 126.262 Pelo Stf**

Analisando o Habeas Corpus em questão é importante que se destaque temas controversos no campo jurídico, tendo em vista que houveram desacordos pelos próprios Ministros quando ocorreu o julgamento, no dia 17 de fevereiro de 2016. O relator do julgamento foi o ministro Teori Zavascki. Ele e a suprema corte, por sete votos a quatro, decidiram pela possibilidade de ocorrer a execução provisória da pena após ser proferido acórdão em segunda instância e, diante disso, não se qualificaria uma afronta ao princípio da presunção da inocência/não culpabilidade. Através da visão dos ministros vencedores, o princípio mencionado não impede que condenações entrem em fase de execução após decisão em segunda instância, pois, os Recursos Especiais e Extraordinários não discutem fatos, mas sim matérias de direito, não possuindo efeito suspensivo. Entretanto, tal posicionamento corre em contramão ao entendimento majoritário firmado pela suprema corte desde o ano de 2009 e ao que descreve a Constituição Federal de 1988. Dessa forma, ocorreu uma relativização do princípio da presunção da inocência, onde se buscou um equilíbrio entre este princípio e a efetividade das decisões judiciais.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) classificou o entendimento do supremo como uma “mutilação inconstitucional”. A OAB entende que o Supremo fez uma superinterpretação da norma quando possibilitou a execução antecipada da pena depois de confirmada por tribunal. (MARTINS, 2018)

## 2.1 - Natureza Jurídica Da Prisão Decorrente Do Acórdão

Acerca da natureza jurídica dessa prisão, são divergentes os entendimentos.

Segundo CAPEZ a prisão pena em caráter definitivo destina-se à satisfação da pretensão executória em virtude do pronunciamento condenatório, que não tem finalidade acautelatória. Em contrapartida, a prisão processual tem natureza puramente processual, depende do preenchimento dos pressupostos do periculum in mora e fumisboni iuri para sua efetivação.

Maria Lúcia Karan afirma que “a prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatório recorrível jamais poderia ter natureza jurídica de pena, porquanto não terminado o processo de conhecimento, seria, dessa forma, prisão provisória ou processual”.

A doutrina majoritária não considera a prisão por condenação em segundo grau como prisão preventiva, tampouco a considera prisão-pena - que possui natureza repressiva e ocorre após o trânsito em julgado - mas também não preenche nenhum dos requisitos da tutela cautelar, dispostos no art. 314 de CPP. Podendo afirmar então que diz respeito à prisão preventiva incompatível com a ordem constitucional, sendo, de fato, execução antecipada da pena. (MARTINS, 2018).

## 2.2 - Fundamento E Função Dos Recursos Nos Tribunais Superiores

Os recursos especiais e extraordinários portam natureza excepcional, dessa formam, devem ser examinados de forma prévia, uma vez que para ser julgado tem que estar contida a matéria exigida por cada recurso interposto.

O Recurso Especial possui como objetivo principal proteger e combater os possíveis desrespeitos quantos às normas federais, sendo submetido a exame de matéria infraconstitucional. A competência para julgamento do recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, conforme prevê o artigo 105, II, da CF.

“II – o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante.”

O recurso Extraordinário tem como objetivo principal impedir que normas Constitucionais sejam desrespeitadas pelos tribunais nas decisões acerca de casos concretos. O recurso mencionado é de competência do Superior Tribunal Federal com fulcro no artigo 102, III, da CF.

“III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

Os recursos possuem requisitos de admissibilidade comum, são eles: I) reexame de matéria de direito; II) existência de uma questão de âmbito federal; III) pré-questionamento; IV) cabíveis apenas nas hipóteses taxativas previstas na CF; V) causas decididas em última e única instância.

No último aspecto mencionado (V), salienta-se uma distinção entre os recursos: para interposição de Recurso Especial é essencial que a decisão recorrida tenha sido proferida por um Tribunal e para a interposição do Recurso Extraordinário basta que já se tenham utilizado todos os meios recursais disponíveis. (MARTINS, 2018)

Questiona-se, portanto, como é possível o acusado iniciar o cumprimento da pena e enfrentar as mazelas de um cárcere quando ainda há a possibilidade legítima de ser considerado inocente?

Evidente que é incompatível que um meio de defesa, seja o Recurso Especial ou Extraordinário, acarrete como consequência imediata da sua interposição, a execução da pena do acusado antes mesmo de ele ser considerado culpado pelo poder judiciário.

### **2.3 - A Incompatibilidade Com Os Artigos Do Código De Processo Penal E Lei De Execução Penal**

O Código de Processo Penal foi publicado no ano de 1941 e editado no período da ditadura de Getúlio Vargas, período este que ocorria muita restrição à liberdade individual. Sendo publicado então, algumas décadas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ocorre que até a presente data não ocorreram grandes reformas no Código, por este motivo, continuam vigentes diversos dispositivos que são incompatíveis com a ordem constitucional. Entretanto, independente disso, encontram-se artigos como o 674 “Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.” e 675 “No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.” do CPP.

Ambos os artigos exigem a necessidade de trânsito em julgado para o início da execução penal.

É importante reforçar que caso ocorra contradição entre dispositivos do Código de Processo Penal, a solução deverá ser baseada nos princípios constitucionais, que são voltados à sistematização das questões fundamentais do Estado.

A presunção da inocência é uma garantia constitucional do cidadão devidamente prevista na constituição, entretanto, a norma infraconstitucional que determina o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado vai de encontro com um direito fundamental expresso. Nesses casos, quando uma norma infraconstitucional está em desacordo com a constituição federal, deve-se prevalecer o princípio previsto na Carta Magna, caso contrário será violada a própria natureza da supremacia da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 105 da Lei de Execução Penal afirma que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”, evidenciando a obrigatoriedade do trânsito em julgado da condenação para que, somente após isso, ser iniciado à execução penal.

### **3 - Consequências Do Cumprimento Provisório Da Pena**

Inicialmente, o julgamento do HC 126.292 pelo STF foi proferido *inter parts*, “cujos efeitos de uma lei ou decisão são restritos às partes da respectiva ação judicial. Ou seja, outras pessoas, que não são partes no processo, não são afetadas pela decisão do(a) magistrado(a)”.

Após as ADC’s 43 e 44, foi reconhecido no julgamento do HC 126.292 o efeito erga omnes “cujos efeitos da lei ou decisão atingem todas as pessoas que estejam submetidas a um determinado ordenamento jurídico.” Dessa forma, uma decisão judicial do STF, como foi o caso da decisão em discussão, vale para todos os brasileiros.

Vale lembrar que a execução da pena após julgamento em segunda instância, sem o devido trânsito julgado gera várias consequências. No campo teórico as discussões são acirradas, no sentido desse entendimento ser uma afronta ao princípio da presunção da não culpabilidade ou não. No campo prático, todos devem se adaptar ao novo padrão, uma vez que a decisão possui efeito erga omnes.

Dando continuidade à discussão, vejamos as consequências.

#### **3.1 - A Supremacia Das Normas Constitucionais**

NUCCI afirma que, havendo conflito entre normas constitucionais, as eleitas pelo constituinte originário como cláusulas pétreas (o princípio da presunção da inocência está incluso) têm prevalência sobre qualquer outra norma expressa na própria Constituição.

Insta salientar que a interpretação de todo e qualquer dispositivo legal deve ser baseada na Constituição Federal. Os direitos e garantias individuais são considerados superiores a outras normas constitucionais. Diante disso, é correto afirmar que todos os dispositivos legais devem ter a Constituição Federal como base e caso aconteça de uma Lei ser incompatível, ela deverá ser declarada inconstitucional.

A da presunção da inocência é um princípio bem como uma garantia constitucional, entretanto, foi desvalorizada pelo julgado em análise. Temos como consequência prática a perda de credibilidade na Constituição Federal, o que nos traz instabilidade jurídica, principalmente ao refletir que um direito fundamental tão importante como esse no Estado Democrático de Direito teve sua eficácia "perdida" por quem deveria protegê-la, o Supremo Tribunal Federal.

### **3.2 - A Problemática Da Prescrição**

No julgamento do HC 126.292 entende-se que a decisão foi omissa quanto ao marco prescricional para a execução provisória da pena, pois os juristas deverão fazer interpretações posteriores.

Após isso, surgiram dúvidas acerca de várias questões, uma delas é a incidência de prescrição na execução provisória de pena em 2ª instância bem como sobre qual espécie de prescrição irá incidir no caso.

Rogério Sanches Cunha foi um dos primeiros doutrinadores a discutir tal problemática, ele afirma que "na hipótese de execução provisória da pena, estaria a incidir o instituto da prescrição da pretensão punitiva superveniente, não o instituto da prescrição da pretensão executória", tendo em vista que, não existe trânsito em julgado para as duas partes, uma vez que ainda está pendente de recurso, com fundamento no artigo 117, V, do CP.

Joaquim Leitão Júnior afirma que há a possibilidade de preencher a lacuna deixada pelos Tribunais de Superposição (STF e STJ), com a incidência da prescrição da pretensão punitiva intercorrente durante a *provisoriám exsecutionem sententiae*.

O STJ é pacífico e favorável a esta tese, prevalecendo a legalidade estrita em matéria penal. Como exemplo, citamos o julgado abaixo.



“PENAL - PROCESSO PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - MARCO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES - IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA - RECURSO DESPROVIDO. 1. O mérito recursal se limita à correta verificação do termo inicial da prescrição da pretensão executória do Estado, que deve ser a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes. Após esse marco (15.02.2013, fl. 62) não transcorreu o prazo de 04 (quatro) anos. 2. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o alcance do princípio constitucional da presunção da inocência, vedava, anteriormente, toda e qualquer execução provisória (HC 84.078/MG, rei. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF nº 534), estando o Ministério Público impedido de pleitear a execução da pena enquanto o feito não transitar em julgado para ambas as partes. Seria um contrassenso reconhecer a prescrição da pretensão executória pelo transcurso de um lapso temporal durante o qual o Estado-acusação não pode agir e que escoa em benefício exclusivo das postulações recursais da defesa. 3. A guinada jurisprudencial do STF a respeito do tema da Execução Provisória da pena, nos termos do decidido no HC 126292/SP, de 17.02.2016, é superveniente ao caso em tela e em nada altera o raciocínio até aqui expendido, pois apenas doravante permite a execução provisória da sanção penal. 4. Recurso desprovido (fl. 152).” (STJ, REsp 1633620 MS 2016/0278310-6, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data da publicação: DJ 10/04/2017).

Concordamos com tal entendimento, uma vez que a prescrição da pretensão executória se dá somente com o trânsito em julgado, tanto pela acusação quanto pela defesa.

### **3.3 - AS Adcs 43 E 44 DE 2016 E SUA RELATIVIZAÇÃO DIANTE DOS RECENTES JULGADOS**

O Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil (OAB) e o Partido Ecológico Nacional (PEN) ingressaram com ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) com pedido de liminar junto ao STF, solicitando que não fossem determinadas novas execuções provisórias e que fossem suspensas as já determinadas. As ações buscavam declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.” que confirma a previsão do artigo 5º,

LVII, CF, 88 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Os artigos mencionados condicionam o início da pena somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não havendo mais possibilidade de interposição de recurso.

Os julgamentos das ADCs, ocorreram em 05 de outubro de 2016, sendo decidido que a norma não veda o início da prisão depois de confirmada por tribunal e por maioria - 6 votos a 5 - as ADCs foram indeferidas. Confirmando o entendimento que havia sido firmado no HC 126.292/SP. O relator era o ministro Marco Aurélio.

O ministro Teori Zavasck fez a seguinte afirmação ao proferir o seu voto:

“A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país. Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social.”

O argumento utilizado pelo ministro era de que pelo fato de que a presunção de não culpabilidade se tratava de um princípio, e não uma regra, poderia ocorrer a relativização.

Em contrapartida, no julgamento do HC nº 146.818 pelo Supremo Tribunal Federal, o ministro Gilmar Mendes reafirmou sua mudança de entendimento em relação à execução antecipada da pena, concedendo liminar em Habeas Corpus afastando a execução provisória após decisão em segundo grau. O ministro seguiu o entendimento do ministro Dias Toffoli - que é preciso aguardar o julgamento do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça para que seja executada a pena.

O ministro, com essa decisão, colocou em liberdade um advogado preso após ser condenado a 04 anos de prisão, até que seu recurso seja devidamente julgado pelo STJ.

Quem também afirmou que a Constituição Federal se sobrepõe ao STF e impede que se troque a ordem do processo-crime foi o ministro Marco Aurélio, onde proferiu acórdão contrário ao atual posicionamento, através do **HC 142.869**, afastando a execução provisória da pena aplicada a um fiscal de tributos de Mato Grosso cuja condenação foi de 03 anos e 06 meses de prisão no regime semiaberto.

Vejamos um exemplo prática da aplicabilidade da nova interpretação:

“HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC 126.292/STF - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA I O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, posicionou-se no sentido da possibilidade da execução provisória de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição, considerando a ausência de efeito suspensivo atribuído aos Recursos Especial e Extraordinário. II O início da execução provisória da pena privativa de liberdade implica na determinação da expedição de mandado de prisão, de modo que inexistente o alegado constrangimento ilegal, na medida em que a autoridade coatora apenas tomou as providências necessárias à execução provisória da pena imposta ao réu. III Ordem denegada.” (TRF-2 Habeas Corpus: HC 0004077-64.2017.4.02.0000 Relator MESSOD AZULAY NETO, Julgamento em 21 de Junho de 2017, 2ª TURMA ESPECIALIZADA).

Por fim, embora tal entendimento tenha sido consolidado pelo STF, possuindo efeito vinculante a todos, existem diferentes posicionamentos acerca da matéria como visto acima.

Entretanto, já tem sido aplicado em diversos casos concretos, o novo entendimento do STF.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a pesquisa apresentada nesse artigo podemos chegar a algumas conclusões no que diz respeito ao tema abordado. É inegável que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a presunção de inocência como garantia constitucional, sendo assim, o acusado deve ser considerado inocente até que ocorra a conclusão do devido processo legal mediante decisão final que não caiba recurso – trânsito em julgado. Portanto, o acusado não deve sofrer os efeitos de uma condenação antes de esgotar todas as possibilidades de interpor recurso.

O princípio da presunção da inocência está inserido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, além disso, ele está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto San José de Costa Rica. O Brasil é signatário de todos esses tratados e conforme o artigo 5º, §3º, da CF, os mesmos possuem força de emendas constitucionais.

A prisão do acusado antes de condenação somente poderá ocorrer em situações adversas e deve ser demonstrada a necessidade de tal medida. Essas prisões são chamadas de prisões provisórias ou prisão processual.

A execução provisória da pena é incompatível com o artigo 105 da Lei de Execução Penal bem como os artigos 674 e 675 do código de processo penal. Nesse sentido, é errôneo acreditar que a execução provisória está de acordo com o ordenamento jurídico, pois os tribunais superiores podem modificar ou até extinguir a pena aplicada anteriormente

As consequências dessa decisão são gigantescas e a principal delas o âmbito jurídico diz respeito à prescrição.

Entretanto, a discussão sobre a execução provisória da pena parece estar longe de ser pacificada no STF, podemos confirmar isso através dos grandes e longos debates sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (parecer). Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012

BAIGENTE, Michael; LEIGH, Richard; GONZAGA, João Bernardino. Passagem sobre a inquisição Espanhola. Rio de Janeiro. 2001.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Silene Cardoso. São Paulo: Ícone, 2006.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prisão cautelar. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL, Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>

Acesso em: 03/11/2023.

BRASIL, Planalto. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>

Acesso em: 03/11/2023.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Erga Omnes e Inter Partes**. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/erga-omnes-e-inter-partes>

Acesso em: 04/11/2023.

CARTA CAPITAL. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>.

FEDERAL, Supremo Tribunal. ADI 5240. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>

Acesso em: 05/11/2023.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Disponível em: <<http://migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>

Acesso em: 03/11/2023.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>

Acesso em: 03/11/2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal, 9ª ed. São Paulo, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória. Revista de Processo, v. 51/1988, p. 168-179, jul./set. 1988.

KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”. Revista dos Tribunais, mar. 1996.

MANZINI, Vincenzo. O Tratado de derecho processual penal, tomo I. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediar, 1948-57.

MARTINS, Julya. **O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF**. Revista Âmbito Jurídico, revista 172, publicada em 1 de maio de 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-frente-a-efetividade-das-decisoes-judiciais-no-julgamento-do-hc-126-292-pelo-stf/>>

Acesso em: 03/11/2023.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro, 2010.

SANTALUCIA, Bernardo. Processo penal: direito romano. In: MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro, 2010.

SCHMIDT, Mario Furley. Nova história crítica, 1ª ed. São Paulo, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando de Costa. Processo Penal, v. I, 34 ed. São Paulo, 2012.



## A INFLUÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS NOS ACORDOS PENAIS BRASILEIROS

**FERNANDO DANIEL CARNEIRO MUSTAFE:**  
Graduando em Direito, Faculdade Aldete Maria  
Alves/FAMA, Iturama/MG <sup>65</sup>

**DANIELA SEVERO DE OLIVEIRA**<sup>66</sup>

**JOÃO PEDRO LEONEL DA SILVA**<sup>67</sup>

(coautores)

**ANDRÉ DE PAULA VIANA**<sup>68</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O Acordo de Não Persecução Penal é um instituto despenalizador que foi adaptado do modelo existente nos Estados Unidos da América, o *plea bargaining*. O presente trabalho tem como objetivo analisar a influência dos Estados Unidos nos acordos penais brasileiros, analisar as diferenças entre os institutos, conceitos positivos e negativos do novel instituto e, ainda, a possibilidade de ampliação do acordo de não persecução penal, de modo a viabilizar um maior desencarceramento na população e celeridade processual, possibilitando, ainda, a maior efetividade na tutela jurisdicional nos direitos das vítimas. A metodologia norteadora foi a utilização da abordagem qualitativa, utilizando-se da forma de pesquisa documental, tendo como método a utilização de livros bibliográficos e artigos científicos. Nesse contexto, conclui-se que a ampliação do acordo de não persecução penal para casos em que não se enquadrem nos requisitos exigidos, trará uma

---

65E-mail: femustafe15@gmail.com.

66 Graduanda em Direito, Faculdade Aldete Maria Alves/FAMA, Iturama/MG, danisevero.oliveira@gmail.com

67 Graduando em Direito, Faculdade Aldete Maria Alves/FAMA, Iturama/MG, joãopedro.leonel.007@gmail.com

68 Graduado em Direito. Advogado. Pós-Graduado em "O Processo e o Direito Civil". Mestre em "Ciências Ambientais". Docente no curso de Direito e no curso de Medicina, Presidente Docente na Liga de Medicina Legal (LAMEL) do Curso de Medicina, Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), Membro do NDE do Curso de Direito, todos pela Universidade Brasil – Fernandópolis-SP. Pós-Graduado em "Direito Médico" pela UNIARA – Araraquara-SP. Membro do NDE e Docente no curso de Direito da Faculdade FAMA – Iturama-MG.

maior efetividade na tutela jurisdicional, seja pela celeridade processual, seja pela maior tutela aos direitos das vítimas.

## 1. INTRODUÇÃO:

O poder público traz pautas frequentes a respeito da redução do sistema carcerário que encontra o Brasil, tento em vista um cenário onde o sistema judiciário e prisional brasileiro enfrentam problemas como alta demanda de processos e superlotações nos presídios.

Assim, o governo brasileiro adotou institutos como a transação penal e suspensão condicional do processo, onde o indivíduo, se enquadrando nos requisitos impostos, poderá buscar a extinção da punibilidade, não só, mas também introduziu ao ordenamento jurídico o acordo de não persecução penal (ANPP). (HERRERA, 2020)

A Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), trouxe diversas inovações ao processo penal, dentre elas está o acordo de não persecução penal (ANPP), onde estabelece uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o acusado, devidamente representado pelo seu defensor. Tal negócio jurídico contém cláusulas onde buscam um acordo devido, para que seja, ao final, cumprida as cláusulas e não havendo revogação, extinta a punibilidade do investigado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

O objetivo geral do presente artigo será analisar qual a influência que o Estados Unidos da América (EUA) traz nos acordos penais brasileiros. Sabe-se que os acordos promovidos nos EUA são chamados de *plea bargain*, e possuem dois sistemas jurídicos, o *common law* e *civil law*. Em suma, a aplicação do acordo nos EUA poderá ser para qualquer espécie de delito, o qual necessita da confissão do acusado para que se torne possível a negociação do tipo penal, sanção penal, possível perda de patrimônio, bem como formas de execução da pena. (WURZIUS, JUNIOR)

Não só, mas também apresentaremos alguns objetivos específicos norteadores para a perfeita compreensão do tema, como: apontamento do contexto histórico dos acordos penais que validaram-se no âmbito jurídico nos Estados Unidos da América; apresentação do acordo de não persecução penal no Brasil; análise das diferenças entre os acordos promovidos no Estados Unidos com os acordos brasileiros; comentaremos, também, conceitos positivos e negativos do presente tema e abordaremos a possibilidade de desafogamento do judiciário e o desencarceramento nos presídios.

A abordagem proposta nesse artigo foi na forma qualitativa, utilizando-se da forma de pesquisa documental, tendo como método a utilização de livros bibliográficos e

artigos científicos, empregando como base ideias de obras de diversos autores que tratam do tema abordado. Nosso propósito com o tema será descrever as características do Acordo de Não Persecução Penal, apresentar suas finalidades, influências e expor um contexto positivo e negativo de sua utilização no âmbito jurídico brasileiro.

## **2. DESENVOLVIMENTO:**

### **2.1. CONTEXTO HISTÓRICO DOS ACORDOS PENAIS QUE SE VALIDARAM NO ÂMBITO JURÍDICO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA:**

Em suma, os Estados Unidos da América acolheram o sistema titulado "*Plea Bargain*" para a prática da negociação penal, assegurando uma rápida punição aos autores e aliviando a carga processual dos tribunais. Sobre o tema, leciona Rogério Sanches:

A plea bargaining consiste numa transação que abrevia o processo, eliminando a colheita da prova, suprimindo a fase de debates entre as partes (trial), para chegar-se de logo à sentença (verdict and sentencing). O agente do fato ilícito admite sua culpabilidade, em troca de benefícios legais. O objetivo do instituto é garantir a elucidação de crimes, assegurar uma rápida punição aos autores de crimes e diminuir a carga de trabalho no judiciário e no ministério público, reduzindo os custos da justiça criminal. (SANCHES, 2017, p. 288)

No entanto, para chegar ao perfeito funcionamento dos acordos, os Estados Unidos da América enfrentaram dificuldades, uma vez que tiveram contato com a negociação penal ao final de sua guerra civil, que ocorreu no ano de 1861 e perdurou até 1865. Em regra, era totalmente proibida a utilização do benefício de confissão premiada, visto que juízes aceitavam que declarações de suspeitos fossem retiradas. Não obstante, as cooperações dos investigados eram aceitas de maneira oculta.

Logo, essas cooperações ocultas ensejaram em formas de corrupções promovidas por promotores e advogados de defesa que, por sua vez, sustentaram os acordos entre os séculos XIX e início do século XX. Nesse diapasão, a legislação penal dos Estados Unidos requereu que fosse instituído, no ordenamento jurídico, o instrumento de justiça negocial (bargained justice).

Para conter o grande volume de ações penais e garantir perfeitas condições de execução do judiciário, foram aprimorados pelo ministério público os benefícios para os investigados que declarassem a prática do crime. Isso porque, em 1925, a maioria das

acusações era provida de confissões, e de forma positiva, tornou-se uma medida essencial para amenizar a sobrecarga do judiciário Americano. (Rodas, 2019)

## **2.2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL:**

O Acordo de Não Persecução Penal no Brasil surgiu da Resolução nº 181, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a qual foi posteriormente alterada pela Resolução nº 183/18, que *“dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”*.

Posteriormente, após apresentação do projeto de lei ao Congresso Nacional pelo então Ministro Sérgio Moro, o qual sustentava a utilização do *“plea bargain”* para a apresentação do projeto, foi promulgada a Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), a qual introduziu, efetivamente, o Acordo de Não Persecução Penal ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o acusado.

Referido instituto está previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, cujo dispositivo estabelece alguns requisitos, sendo de natureza subjetiva e objetiva, os quais, preenchidos, o investigado faz jus ao benefício em comento, transferindo ao Ministério Público o poder-dever de oferecê-lo.

O *caput* do art. 28-A, do CPP, dispõe sobre alguns dos requisitos, a saber: a) Infração penal sem violência ou grave ameaça; b) Pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, cujo requisito deverá ser analisado conjuntamente com o §1 do referido artigo, uma vez que deverá ser considerado as causas de aumento e diminuição aplicáveis; c) Não seja o caso de arquivamento.

Além desses requisitos, necessário, também, analisar outros requisitos de ordem objetiva, os quais estão previstos no §2, do artigo em comento, sendo o seguinte: I – Não poderá ser celebrado ANPP, se for cabível transação penal de competência do JECRIM; IV – Nos casos que forem cometidos no âmbito da violência doméstica ou familiar, contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Quanto aos requisitos subjetivos, o *caput* do artigo estabelece que será celebrado o acordo se houver confissão formal e circunstanciada do investigado à prática da infração penal. Nesse sentido, leciona Rogério Sanches Cunha:

(...) Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa pelo investigado, de índole puramente moral, sem

repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. Não sem razão, diz o §12 que 'a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º deste artigo (CUNHA, 2020).

Além disso, também deverá ser aferido se o investigado é reincidente ou se há elementos que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional, conforme o §2, II, do art. 28-A, do CPP. Para o nosso ordenamento jurídico a reincidência seria *"a) condenação de um novo crime com trânsito em julgado anterior à prática do novo delito; b) não superação do prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento da pena relativa ao crime anterior, ou a declaração da extinção da punibilidade; c) prática de um novo delito"* (STJ: 6ª Turma, AgRg no Resp 1.567.351/RS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz).

Cumpridos os requisitos acima mencionados, passa-se ao Ministério Público o poder-dever de oferecer o benefício do acordo de não persecução penal, sendo que o acordo será celebrado na sede da Promotoria para tratativas das condições que serão aplicadas. Após, será designada uma audiência para homologação do acordo, cuja audiência será verificada se as condições impostas estão de acordo com a legislação e se o investigado realmente anuiu com estas.

Por fim, havendo o integral cumprimento das condições avençadas, será proferida uma sentença de extinção da punibilidade do investigado, a qual será proferida pelo Juízo da Execução.

### **2.3. DIREITO COMPARADO - ESTADOS UNIDOS:**

Como já salientado, os Estados Unidos utilizam a *plea bargaining*<sup>69</sup> para a concretização de seus acordos penais. Ademais, é certo que o Brasil, no modelo da proposta apresentada pelo Ministro Sérgio Moro, foi influenciado pelos Estados Unidos que, com alterações, chegou-se ao modelo então adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>69</sup> A *plea bargaining* consiste em um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que pode ser de dois tipos básicos: (1) redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2008, p. 648).

Ademais, pesquisas<sup>70</sup> demonstram que os acordos na justiça criminal dos Estados Unidos correspondem por cerca de até 95% (noventa e cinco por cento) dos casos. Isso quer dizer que de 9 (nove) em cada 10 (dez) casos são resolvidos antes de serem levados a julgamento.

No modelo adotado pelos Estados Unidos, o plea bargaining se subdivide<sup>71</sup> em: a) Charge bargaining: negociação da minimização da acusação (transação em que o promotor concorda em reduzir a acusação mais grave para uma menos grave); b) Count bargaining: negociação da quantidade de acusações (transação em que o promotor concorda em retirar uma ou mais acusações de sua lista, mantendo as outras); c) Fact bargaining: negociação dos fatos (em troca da confissão, o promotor concorda em omitir ou modificar um ou mais fatos na acusação); d) Sentence bargaining: negociação da sentença (promotor recomenda uma sentença mais leve do que seria a normal para o crime, se o réu se declarar culpado).

Oportuno destacar, ainda, que no modelo adotado pelos Estados Unidos são realizados acordos em quaisquer crimes, independentemente da pena e se são praticados mediante violência. Tal fato evidencia a possibilidade de uma duração razoável no processo e diminuição do encarceramento, já que os Estados Unidos são responsáveis por ter a maior população carcerária.

#### **2.4. A AMPLIAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA CASOS EM QUE NÃO SE ENQUADREM NOS REQUISITOS ESTABELECIDOS E A MAIOR EFETIVIDADE NA TUTELA JURISDICCIONAL:**

Não se pode perder de vista que os benefícios do acordo de não persecução penal, tal como adotado no Brasil, não se resumem apenas em uma celeridade processual e diminuição de processo de menores e médios potenciais ofensivos, pelo contrário, o acordo afasta a função estritamente retributiva da pena. Nesse sentido, esclarece Sidnei Boccia Pinto de Oliveira Sá (2006, p. 2012):

“a pena é retribuição e compensação ao mal praticado pelo agente (punitur quia peccatum est), proporcional à culpabilidade (pena justa ou proporcional), surgindo após a prática do delito, como castigo ao delinquente”

---

70-[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/01/30/interna\\_politica,1026086/acordos-na-justica-criminal-dos-eua-chegam-a-95.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/01/30/interna_politica,1026086/acordos-na-justica-criminal-dos-eua-chegam-a-95.shtml)

71 <https://conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>



Isso significa que o novel instituto permite a compensação ao abalo social sem imposição da pena, uma vez que o crime exigirá do investigado o cumprimento espontâneo e voluntário de parte das sanções restritivas de direitos que lhe seria imposta pela sanção penal.

Além disso, durante a fase investigativa, aquele que praticou o crime é capaz de reparar os danos decorrentes de sua ação e garantir a retribuição pelo abalo social causado. Aliás, a vítima terá uma efetiva reparação, tendo em vista que o acordo apenas será cumprido com a reparação do dano, ou seja, possibilita que o investigado tenha extinta a sua punibilidade e a vítima veja a reparação dos danos sofridos.

Nesse diapasão, a ampliação do Acordo de Não Persecução Penal para delitos que não se encaixem nos requisitos estabelecidos pelo art. 28-A, do Código de Processo Penal, como no caso de homicídio, tal como ocorre nos Estados Unidos, possibilitará uma maior efetividade na tutela jurisdicional, além do que possibilitará à vítima um sentimento de justiça feita.

Assim sendo, entende-se que, nesses casos, deverá ser levado em consideração o sentimento da vítima, uma vez que também, de alguma forma, será beneficiada com a formulação do acordo. Isso quer dizer que, possibilitando a vítima (excetuando-se os casos em que praticados no âmbito de violência doméstica) a manifestação, seja nos autos ou seja por meio de declaração, que ela ou a sua família, no caso em que houve a consumação do delito, deseja outras penas senão à pena privativa de liberdade, deverá ser levada em consideração sua vontade, uma vez que é esta quem sofreu, efetivamente, a conduta.

Sabe-se que, muitas das vezes, as vítimas não ficam satisfeitas em somente o acusado ter sua liberdade cerceada, posto que entendem que a justiça não foi efetivamente realizada. Justamente por isso que, se a vítima, quem sofreu a conduta, manifesta interesse não ver o investigado preso, deverá ser considerada sua manifestação. Tal manifestação poderá ser no sentido de o investigado, por determinado período de tempo, ajudar a vítima com serviços voluntários, bem como pelo ressarcimento de alguma quantia em dinheiro, entre outras hipóteses que podem ser avençadas entre o Ministério Público, a vítima e o investigado.

Portanto, possibilitando a manifestação da vítima, conseqüentemente trará um menor encarceramento na população e, ainda, a efetividade na tutela dos direitos das vítimas que, na maioria dos casos, sequer tem a reparação do dano sofrido.

## **2.5. BENEFÍCIOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:**

Devido ao saturamento do sistema prisional, o acordo de não persecução penal (ANPP) possui serventia para ambas as partes. Com a proposta do acordo de não persecução pelo Ministério Público, há a anuência de desistência da continuidade da acusação, o que possibilitará aliviar as atividades laborativas do sistema judiciário e gastos processuais, além de eximir o investigado de penas privativas de liberdade.

Sobre a temática do desafogamento do judiciário, o estudo realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público nº 01/2017, tinha como fundamento a *“carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”*.

Aliás, o estudo também reconhecia que o correto seria que todos os processos penais fossem submetidos ao Poder Judiciário e que as decisões condenatórias fossem proferidas em observação ao devido processo legal, em especial aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas que o Brasil está longe do mundo ideal e é necessária a implantação de alguma solução para dar fim a uma carga excessiva de processos criminais (CNMP, 2017).

Ademais, se o acordo de não persecução penal não for homologado pelo juiz competente, por força do princípio da lealdade processual, a confissão do suspeito não poderá ser utilizada em seu prejuízo como meio probatório no processo criminal (CARVALHO, 2021). Ao término das obrigações acordadas a investigação será arquivada e a punibilidade extinta.

## **2.6. MALEFÍCIOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:**

Embora o acordo de não persecução penal seja mais benéfico do que maléfico, há alguns princípios fundamentais levantados pela legislação vigente que serão recusados pelo investigado, como a presunção da inocência e a garantia de não produzir provas contra si mesmo, consubstanciada pelo princípio do direito ao silêncio (COSTA, 2021).

Cumprindo todos os requisitos necessários, o investigado deverá confessar o fato de forma voluntária, sendo que, caso não o faça, o Ministério Público poderá acusá-lo pelo delito cometido. Se houve a homologação do acordo pelo juízo competente, poderá ser utilizado contra o acusado a confissão realizada para a efetuação do acordo de não persecução penal.

Higídio realizou uma pesquisa com criminalistas, na qual afirmaram que, devido à falta de critérios e de orientações sobre como o acordo deverá ser assinado, cada membro do Ministério Público avaliam e encerram os acordos conforme suas próprias

interpretações. Tal fato, portanto, torna o acordo de não persecução penal interessante apenas para a acusação e um problema para os clientes e seus defensores, na medida em que há a falta de padronização dos acordos celebrados, tornando o acordo vantajoso apenas para o Ministério Público.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pode-se considerar que o *plea bargaining*, trouxe alívio e conforto para o judiciário americano, resolvendo nove a cada dez casos por meio de negociações. O judiciário brasileiro foi assertivo com a decisão de aderir ao acordo de não persecução penal por meio do pacote anticrime, descomprimindo os serviços prestados por membros do judiciário, economizando gastos processuais e evitando que o réu cumpra penas privativas de liberdade.

Embora ambos os acordos possuem diferença, no judiciário americano poderá ser negociado todos os crimes, no brasileiro apenas em casos em que não há violência ou grave ameaça a pessoa, não ser caso de arquivamento e ser pena inferior a quatro anos, o resultado deles está sendo agradável e elogiado nos dois países.

Ademais, é possível afirmar que esse instituto confere eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja para o investigado seja para a vítima, que terá o dano sofrido reparado e o investigado não será inocentado, apenas terá uma punição menor.

Por fim, em resumo, a ampliação do Acordo de Não Persecução Penal para crimes em que não se enquadram nos requisitos elencados no dispositivo correspondente, utilizando-se como base o que ocorre nos Estados Unidos, trará, além do maior desafogamento do judiciário e celeridade processual, a possibilidade da vítima manifestar sua vontade, de modo a dar mais efetividade na tutela jurisdicional, ou seja, de efetivamente reparar os danos causados.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALÉSSIO, Caroline; KOMATSU, Juliana. **Breve análise do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8679/67650045>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acordo de não persecução penal: a novidade do pacote anticrime interpretada pelo STJ**. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12032023-Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-novidade-do-Pacote-Anticrime-interpretada-pelo->



SÁ, Sidnei Boccia Pinto de Oliveira. **Repensando a função retributiva da pena criminal.** De jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2006. Disponível em:  
[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27740/repensando\\_funcao\\_retributiva\\_pena.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27740/repensando_funcao_retributiva_pena.pdf). Acesso em 21 out. 2023.

WURZIUS, Lara Maria. **Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas defensorias públicas.** Disponível em:  
<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/download/52/41/602>. Acessado em: 16 set. 2023.

## **DIREITO TRIBUTÁRIO, SUA HISTÓRIA E SUA RELAÇÃO COM O BEM-ESTAR SOCIAL**

**CAMILA AGUIAR ARAUJO:**

Bacharel no Curso de Turismo da Universidade Federal de Ouro Preto MG–2009- Pós-graduanda em Direito Público <sup>72</sup>

**MARINA AGUIAR ARAÚJO HUPP** <sup>73</sup>

(coautora)

**Resumo:** O presente estudo apresentará uma abordagem crítica e sistêmica quanto aos aspectos do sistema tributário nacional, correlacionando suas aplicações aos fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal Brasileira, em especial no que tange à justiça social nas camadas mais simples da população brasileira. Dentre os objetivos estão: retomar a história da tributação no Brasil e no mundo, listar sua relação com as políticas de bem-estar social e apresentar as dificuldades dessa relação. A Gestão Tributária calcada na CF/1988 tem como premissa a sua aplicabilidade na tributação, fiscalização e arrecadação dos recursos necessários à manutenção dos fins a que se destina o Estado, com a finalidade de se alcançar a construção de um modelo moderno e eficiente. Desta forma, este estudo delimita-se à problemática que envolve a aplicabilidade das disposições contidas nos diplomas em comento, a contextualização social e política e os pontos de intersecção entre a teoria e a prática. O estudo foi desenvolvido por meio de consulta bibliográfica, artigos científicos e jurisdição pertinente ao tema.

**Palavras chaves:** Direito Tributário; Constituição Federal; Justiça; Sociedade; Tributos.

### **1. Introdução**

A história da tributação está intrinsecamente ligada à evolução das sociedades humanas. Desde as civilizações antigas até os tempos modernos, os impostos desempenharam um papel vital na arrecadação de recursos para governos e na promoção do bem-estar social. No entanto, a busca por uma tributação justa e eficaz tem sido um desafio contínuo. Neste artigo, exploraremos a história da tributação no mundo e no Brasil,

---

<sup>72</sup> E-mail: [camila.quaker@gmail.com](mailto:camila.quaker@gmail.com)

<sup>73</sup> Bacharel no Curso de Turismo da Universidade Federal de Ouro Preto MG–2009- Pós Graduanda em Direitos Humanos E-mail: [marina.aguiar1@gmail.com](mailto:marina.aguiar1@gmail.com)



sua relação com o bem-estar social e os desafios enfrentados na busca por uma tributação justa.

Em 2023, com a posse do novo presidente eleito, Luís Inácio Lula da Silva, foram retomados questionamentos sobre a Reforma Tributária no Brasil. Numa breve trajetória sobre as Normas Tributárias observa-se a ideia de que o sistema tributário é consubstanciado aos valores e princípios constitucionalizados, em especial aos que têm como objetivo precípuo a justiça social e o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, para que sejam concretizadas as políticas sociais, é preciso dinheiro e deve-se enfatizar que a tributação é o principal meio de obtenção de receitas pelo Estado.

No Brasil, as receitas podem ser divididas em ordinárias e extraordinárias, e possuem previsão na Constituição Federal de 1988 e no Código Tributário Nacional. As receitas ordinárias se dividem em receitas originárias e derivadas. As receitas originárias, também conhecidas como receitas horizontais, se manifestam como contratos de aluguéis, multas contratuais, dentre outras.

As receitas derivadas decorrem da manifestação do Poder de Império e possuem força de lei. São as denominadas receitas verticais, uma vez que o Estado está em posição superior ao contribuinte. Elas traduzem a expressão de Soberania e seu caráter é coercitivo. É nessa categoria que se encontra a maior parte dos tributos.

Em relação às receitas extraordinárias da União, estão as que podem ser cobradas em casos excepcionais, como os impostos cobrados quando se declara uma guerra.

Para a elaboração do artigo, a metodologia será calcada em pesquisa bibliográfica sobre o Direito Tributário, consultas em sites eletrônicos, artigos e doutrina. Uma vez que a “espinha dorsal” de toda pesquisa é a metodologia, é preciso dominar o conteúdo teórico e conceitual, tanto quanto ter habilidades na utilização do instrumental técnico com o qual se trabalha, e assim, de acordo com Ross<sup>74</sup> (2014), independente do caráter da pesquisa, o estudo deve se apoiar em um tripé essencial, que se define pelo domínio do conhecimento específico e conceitual, pelo domínio da metodologia a ser aplicada, bem como o domínio das técnicas de apoio para operacionalização do trabalho.

Para a confecção do estudo, realizou-se pesquisa qualitativa, desenvolvida por meio de método dedutivo e de método técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões partem de um resgate da evolução do Direito Tributário no Brasil e no mundo,

---

74Ross. Pág. 24, 2014.

dos desafios e o processo obrigacional que decorre da Lei, da ocorrência no mundo fático e da hipótese prevista nas normas instituidoras.

## **2. A história da tributação no Mundo**

Os primeiros indícios de tributação no mundo remontam a cerca de 3.000 a 2.800 a.c., no Egito. Período em que o faraó egípcio era tido pela sociedade como reencarnação do deus Hórus. O Faraó desejava realizar uma viagem e exigiu do povo tributos. Posteriormente, os exigiu para as despesas, chegando a sombrias imposições por meio de coação física, sobressaindo o caráter opressivo e desumano destas exigências.

Desde que o homem inicia sua convivência em sociedade observa-se que a tributação está presente, quer seja pelas oferendas nas tribos primitivas, quer seja por parte de alimentos, dinheiro em construções, ou quando os indivíduos de uma mesma divisão administrativa exerciam um esforço em conjunto para alguma finalidade em comum. A finalidade dos tributos variava conforme o caso. Uns eram destinados para financiar guerras, outros para o enriquecimento do dono da terra ou ainda para garantir a segurança da aldeia em face de investidas de outras comunidades e de animais. Neste caso, em que todos os indivíduos eram favorecidos, já se percebe que a finalidade é o bem comum de todos.

Com o decurso do tempo, vê-se um aumento populacional que culmina na separação natural destas comunidades, inovando novas classes sociais: governantes e classes governadas. Dessa forma, esta classe dirigente passa a se considerar eleita pelos deuses das crenças de cada localidade. Surge a concepção de MARTINS, que a denomina como "Teoria do Poder", em suas ponderações:

Neste momento criou-se uma teoria do poder, que veio a prevalecer até os dias atuais, deixando o povo de ter uma relevância maior na definição dos destinos da comunidade. Essa função foi usurpada pelos detentores do poder, que se identificaram com ela, como se direito natural fosse o seu domínio sobre a comunidade mais servil, menos conhecedora de todas as realidades, e cuja função maior passou a ser produzir recursos para os dirigentes para que eles fizessem o que lhes aprouvesse, inclusive se dedicar ao seu esporte predileto, que era a guerra. Ives de Gandra Martins

Inúmeras mutações foram realizadas no que tange às formas da tributação no mundo, algumas perpassando os mesmos ideais, de acordo com as características das civilizações na sociedade.

E em outras sociedades ocorreu a fluidez e mudanças substanciais associadas à tributação em função da organização político-estrutural das civilizações, o que resultou em distintos fundamentos e características do tributo ao longo da história. As obrigações tributárias “passaram, juridicamente, de imposições arbitrárias, de donativos voluntários, para contribuições compulsórias pelos costumes e, posteriormente, amparadas em lei.” 2

<p><b>Civilizações Antigas</b></p>	<p>Os impostos existem desde as civilizações antigas, como o Egito e a Mesopotâmia. No Egito, havia impostos sobre terras, gado e produção agrícola. Na Mesopotâmia, o governo coletava impostos em espécie, como cereais e animais.</p>
<p><b>Impostos na Roma Antiga</b></p>	<p>O Império Romano desenvolveu um sistema tributário complexo, incluindo impostos sobre propriedade, herança e comércio. Roma também introduziu o conceito de um funcionário público (publicani) coletando impostos em nome do Estado.</p>
<p><b>Idade Média</b></p>	<p>Durante a Idade Média, os senhores feudais cobravam tributos de seus súditos em troca de proteção e uso da terra. Esse sistema feudal de tributação prevaleceu na Europa.</p>
<p><b>Revolução Americana</b></p>	<p>Um dos eventos que levaram à Revolução Americana foi a oposição dos colonos às políticas tributárias britânicas, como o Ato do Selo e o Ato do Chá. Os colonos reivindicavam "sem tributação sem representação".</p>
<p><b>Impostos Modernos</b></p>	<p>A Revolução Francesa introduziu o princípio da igualdade perante a lei e tributação igual para todos os cidadãos. Esse período também viu o surgimento da figura do economista clássico Adam Smith, que defendeu a tributação baseada na capacidade de pagamento e no livre mercado.</p>

<b>Século 20</b>	O século 20 testemunhou o desenvolvimento de sistemas tributários modernos em todo o mundo. A tributação de renda se tornou predominante, e os impostos sobre o consumo, como o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), foram amplamente adotados.
<b>Organizações Internacionais</b>	A formação de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ajudou a estabelecer padrões e diretrizes globais para questões tributárias.

Tabela 1: Evolução da tributação no mundo.

### 3. A história do Direito Tributário no Brasil

Não existe um marco comum na doutrina brasileira acerca da origem de um direito tributário brasileiro. A dicotomia se manifesta sobre correntes divergentes. A primeira corrente da doutrina é incisiva que o marco inicial do direito tributário brasileiro é em 1822, ano em que foi criada a legislação fiscal do Brasil. Outra parte da doutrina afirma a existência de uma normatividade tributária no Brasil desde o princípio do século XVI, através dos tributos aplicados por Portugal no território brasileiro. Nesta época, como quase todas as regras tributárias brasileiras, as origens das normas fiscais eram oriundas de Portugal. De acordo com Negreiros:

É a história que registra como cada colono do Brasil, sob as ordens da coroa portuguesa, foi obrigado a conviver com uma política fiscal injusta, que não respeitava nem a capacidade contributiva das pessoas, nem era seguida de uma lógica clara. Tributava-se com o intuito de remeter a maior parte dos valores arrecadados para a Metrópole. O que sobrava ficava para a colônia, para pagar as despesas das terras “achadas”, exatamente para explorar as suas riquezas e não para construir uma nação.

É evidente que a influência da Igreja Católica foi um dos fatores marcantes para a instituição do tributo no Brasil. No entanto, foram os fatores econômicos os determinantes para história do tributo no Brasil. Nesta monta, relata Balthazar:

[...] é noção cediça que a realidade econômica representa a base material sobre a qual incidem as hipóteses de incidência tributárias previstas em lei, de forma geral e abstrata. Neste sentido, podemos afirmar que nossos tributos, ao longo de nossa história, traduziram sempre os diferentes ciclos econômicos pelo qual passou a economia brasileira.

O primeiro tributo em terras brasileiras começou a ser cobrado logo após o descobrimento. Era o chamado quinto do pau-brasil, cobrado de todos os particulares autorizados pela Coroa. Em seguida, ainda na fase colonial, teve início a tributação sobre a exportação e sobre a venda de escravos.

Já nos anos iniciais do século XVIII, Portugal, que passava por sérios problemas econômicos, explora as riquezas geradas pelo Brasil, especialmente após a descoberta do ouro.

Portugal percebe que é possível extrair cada vez mais do ouro descoberto nas Minas Gerais, em especial por meio do tributo nomeado de “quinto do ouro”, que consistia basicamente no dever de pagar ao Rei 20% de todo o metal apanhado no Brasil, sendo o ouro, evidentemente, o mais cobiçado.

Com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, foram instituídos novos tributos, além da elevação daqueles já existentes. A mudança da família real para o Brasil trouxe grandes despesas para os cofres públicos. Assim, a instituição de novos serviços no país exigia o aumento dos tributos já existentes ou a criação de novos. A tributação foi aumentando, e cada serviço que se instituisse no país impunha a criação de um novo tributo, na modalidade que hoje denominamos taxa. Nessa época, a Coroa passou a tributar a propriedade de prédios urbanos, a transmissão imobiliária e as heranças.

Com o decurso do tempo, em 1891, a Assembleia Constituinte de 1891, busca partilhar a receita entre União e estado e, paradoxalmente, o desinteresse ou mesmo despreocupação pelo impacto que a tributação iria fazer na vida dos contribuintes, exteriorizando a histórica abstração dos detentores do poder político (e, no caso, também econômico) relativamente à justiça na tributação.

Posteriormente, em 1922, seguindo os passos e os ideais da Europa, o Brasil cria o Imposto de Renda através da Lei de Orçamento nº 4.625, a qual, segundo Régis Fernandes de Oliveira, “viria a se consolidar um dos tributos mais fortes e rigorosos do País, nos dias de hoje.” Insta salientar que neste período o país dependia da agricultura, em especial do café, momento em que a crise econômica, tanto no âmbito nacional como no mundial, culminou em uma instabilidade, principalmente nos estados de São Paulo e Minas Gerais,

finalizando um ciclo da “ política do café com leite”. Até então, os principais impostos do país eram o imposto de importação, a cargo do governo federal, e o imposto de exportação, a cargo dos estados (arrecadado principalmente com a exportação do café).

Com o novo governo de Getúlio Vargas, novos paradigmas são apresentados à sociedade, resultando na Constituição de 1934. A Carta Magna de 1934 aperfeiçoa as competências tributárias, bem como dota de autonomia administrativa, política e financeira os municípios, os quais receberam competências tributárias privativas. Inova com a imunidade recíproca e ao vedar expressamente a bitributação, determinando que com relação às competências concorrentes deveriam prevalecer os impostos decretados pela União. Ainda sobre a imunidade, veda aos estados, municípios e Distrito Federal estabelecer diferença na tributação em razão da procedência. Outra novidade importante é a previsão da contribuição de melhoria, de competência dos três entes. Destaca que foi a primeira vez que este tributo teve previsão legal no Brasil.

O cenário internacional de tensões políticas e conflitos e a instabilidade no âmbito nacional, fez com que Getúlio Vargas executasse o golpe militar e então, a Constituição de 1934 foi substituída pela Carta de 1937. Contudo, ínfimas modificações foram realizadas na ordem tributária. Algumas competências tributárias foram alteradas e a contribuição de melhoria, que havia recentemente surgido, retirada.

Durante a Ditadura, em 1965, houve uma grande reforma tributária. A Emenda Constitucional nº 18/1965 instituiu um sistema tributário integrado no plano econômico e jurídico em vez do sistema anterior, de origem política, com autônomos sistemas tributários federal, estadual e municipal. A legislação dos Estados e Municípios não tinha vínculo com a nacional e era concebida para aumentar as suas competências e alcançar mais receita. O Brasil passou a ter um sistema tributário nacional.

A instituição dos tributos passou a ter uma visão econômica e não apenas jurídica. A reforma trouxe mais objetividade para as taxas, estabeleceu critérios para a separação dos tributos entre impostos, taxas e contribuições de melhoria, assim como a distribuição da arrecadação dos impostos na esfera da União.

Com o restabelecimento do governo democrático, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que deu mais clareza aos princípios tributários, consolidou novas garantias ao ampliar as limitações ao poder de tributar e consagrou vários princípios relacionados aos direitos humanos e às liberdades individuais que refletem diretamente no Sistema Tributário Nacional.



<b>Período Colonial</b>	Durante a colonização, Portugal impôs tributos sobre o comércio de açúcar, tabaco, ouro e outros produtos coloniais. Os impostos eram usados para financiar a administração colonial e atender às necessidades da metrópole.
<b>Independência e Impostos Imperiais</b>	Após a independência do Brasil, o Império do Brasil estabeleceu seu próprio sistema tributário. Os impostos eram uma importante fonte de receita para a jovem nação, sendo o imposto de importação o responsável por 2/3 das receitas.
<b>República e Mudanças Tributárias</b>	A Proclamação da República, em 1889, trouxe mudanças no sistema tributário. Com a adoção do regime federativo, foi necessário dotar os estados e municípios de receitas que lhes permitissem a autonomia financeira.
<b>Era Vargas e Novas Reformas</b>	Durante o governo de Getúlio Vargas, foram implementadas reformas tributárias significativas. Passaram a predominar os impostos internos sobre produtos e passou-se a repartir a receita de impostos entre diferentes esferas de governo.
<b>Constituição de 1988</b>	A Constituição Federal de 1988 desempenhou um papel crucial na definição do sistema tributário atual. Ela estabeleceu a repartição de competências tributárias entre a União, os estados e os municípios, além de estabelecer princípios importantes, como a capacidade contributiva.

Tabela 1: Evolução da tributação no Brasil.

#### 4. A evolução do bem-estar social nas Constituições

A evolução do bem-estar social nas constituições brasileiras reflete o desenvolvimento da sociedade e a busca por garantir direitos e condições de vida dignas

para os cidadãos. Cada Constituição refletiu o contexto político, econômico e social de seu tempo, conforme observado a seguir:

Constituição de 1824: A primeira Constituição do Brasil, outorgada durante o período imperial, tinha um caráter centralizador e não abordava explicitamente o bem-estar social. No entanto, estabelecia direitos e garantias individuais. Ela estabeleceu o Império e a monarquia constitucional, com o Imperador Dom Pedro I como monarca. Esta Constituição não tinha um foco específico no bem-estar social. Ela estabelecia os princípios de divisão de poderes e direitos, mas não incluía disposições detalhadas sobre direitos sociais, políticas públicas ou proteção do bem-estar dos cidadãos.

Constituição de 1891: A Constituição de 1891 foi a primeira Constituição da República brasileira. Ela foi promulgada após a proclamação da República em 1889. Esta Constituição também não tratava diretamente do bem-estar social, mas estabelecia princípios de igualdade perante a lei, liberdade religiosa e política. Sua ênfase estava na organização do Estado e do sistema político, refletindo o contexto da transição de um império para uma república.

Constituição de 1934: A Constituição de 1934 foi promulgada durante o governo de Getúlio Vargas. Ela introduziu importantes disposições relacionadas ao bem-estar social e à justiça social. A Constituição de 1934 reconheceu direitos trabalhistas, como jornada de trabalho limitada, e estabeleceu a previdência social como uma preocupação do Estado. Foi um marco na promoção do bem-estar social no Brasil, especialmente considerando a época em que foi promulgada.

Constituição de 1937: A Constituição de 1937 foi promulgada durante o segundo governo de Getúlio Vargas. Embora tenha restringido liberdades e direitos individuais, ela manteve algumas disposições relacionadas à legislação trabalhista e à previdência social. A ênfase no bem-estar social foi menos pronunciada em comparação com a Constituição de 1934, devido ao contexto político autoritário da época.

Constituição de 1946: A Constituição de 1946 foi promulgada após a queda do Estado Novo, restabelecendo a democracia no Brasil. Ela manteve disposições relacionadas ao bem-estar social, como direitos trabalhistas e previdência social. A Constituição de 1946 continuou a tradição de reconhecer a importância do bem-estar social no país.

Constituição de 1967: A Constituição de 1967 manteve a ênfase em direitos trabalhistas e previdência social, mas foi promulgada durante um período de regime militar, com restrições à democracia. A preocupação com o bem-estar social foi mantida, mas as liberdades políticas foram limitadas devido ao contexto autoritário da época.

Constituição de 1988: A Constituição de 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã", marcou uma mudança significativa. Ela enfatiza fortemente o bem-estar social, estabelecendo princípios de justiça social, seguridade social, direitos trabalhistas, educação e saúde. Introduziu o Sistema Único de Saúde (SUS) e a Assistência Social. Foi um marco na promoção do bem-estar social no Brasil, reconhecendo direitos fundamentais dos cidadãos em áreas como saúde, educação e previdência social.

Segundo Jaime Benvenuto Lima Junior, esta é a Constituição que melhor instituiu os direitos fundamentais, tanto em qualidade como em quantidade (LIMA JUNIOR, 2001, p. 55). Assim, é a que melhor acolheu aos direitos sociais, visto que, "pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância" (SARLET, 2007, p. 75).

## **5. A relação entre os tributos e o bem-estar social**

A capacidade de um país de utilizar a tributação para garantir o bem-estar social de sua população depende de vários fatores, incluindo a eficiência do sistema tributário, a arrecadação de impostos, a alocação de recursos e a implementação de políticas públicas. Essa é uma questão complexa e varia consideravelmente de um país para outro. Aqui estão alguns pontos a serem considerados:

Eficiência do Sistema Tributário: Um sistema tributário eficiente é fundamental para a arrecadação de recursos necessários para financiar serviços públicos, como educação, saúde e previdência social. Um sistema tributário justo e equitativo ajuda a garantir que a carga fiscal seja distribuída de forma justa entre os cidadãos e as empresas.

Arrecadação de Impostos: A capacidade do governo de arrecadar impostos de forma eficaz é essencial para financiar programas sociais. Isso envolve combater a evasão fiscal e a sonegação de impostos, bem como criar políticas tributárias que sejam justas e que capturem receitas de maneira adequada.

Alocação de Recursos: É importante que os recursos arrecadados sejam alocados de maneira eficiente para os serviços públicos que promovam o bem-estar social. Isso requer planejamento, transparência e responsabilidade na gestão dos recursos públicos.

Políticas Públicas: A implementação de políticas públicas eficazes é crucial para alcançar o bem-estar social. Isso inclui a oferta de serviços de saúde, educação de qualidade, assistência social e programas de previdência, entre outros.

Participação Cidadã: A participação ativa da sociedade civil na formulação e avaliação de políticas públicas é fundamental para garantir que as necessidades da população sejam atendidas.

A capacidade de um país de cumprir seu papel de utilizar a tributação para garantir o bem-estar social depende de como esses fatores são abordados. Em alguns países, a tributação desempenha um papel significativo na promoção do bem-estar social, enquanto em outros, desafios como a corrupção, a má gestão de recursos e a evasão fiscal podem dificultar a realização desse objetivo.

É uma meta importante para governos e sociedades trabalharem juntos para garantir que a tributação seja usada de forma eficaz e justa para melhorar a qualidade de vida da população. A capacidade de um país de atingir esse objetivo depende de suas políticas, instituições e compromisso com o bem-estar social.

## **6. Conclusão**

O estudo demonstrou as linhas evolutivas e as vezes repressoras da tributação no mundo e no Brasil. No mundo, houve momentos em que o tributo objetivava fins coletivos, posteriormente passando pelo autoritarismo, até chegar na Revolução Francesa, quando o princípio da igualdade foi legalizado.

No Brasil, demonstrou-se que durante o período colonial o tributo era devido principalmente para enriquecer a Coroa, depois para financiar a vinda da família real e da corte para o Brasil, assim como para modernizar as instituições aqui presentes nesse período. Posteriormente, durante os períodos do império e da república, os tributos serviram para suportar o desenvolvimento da nação que estava em constante mudança. Já na Era Vargas, parte do dinheiro arrecadado com tributos foi utilizado para implementar ações sociais que foram incluídas na constituição. Por fim, chegamos à Constituição Federal de 1988 - a Constituição Cidadã, em que, devido à época em que foi elaborada (fim da Ditadura Militar), é a Constituição em que mais direitos foram concedidos aos cidadãos, especialmente, no que tange a justiça social.

O direito tributário evoluiu ao longo dos séculos, influenciado por mudanças políticas, econômicas e sociais. Hoje, os sistemas tributários variam amplamente em todo o mundo, refletindo as prioridades e os valores de cada nação, enquanto o direito tributário continua a desempenhar um papel vital na arrecadação de receita para os governos e na regulamentação das atividades econômicas.

O tributo tem hoje grande significado social, por ser o maior responsável pelo financiamento dos programas e ações do governo nas áreas da saúde, previdência,

educação, moradia, saneamento, meio ambiente, energia e transporte, entre outras. No entanto, é preciso zelar sempre para que os princípios constitucionais sejam observados e que os recursos arrecadados possam ser aplicados em obras e serviços que atendam às necessidades da população, como um todo, principalmente da parcela mais pobre.

O direito tributário no Brasil é uma área complexa e em constante evolução, com uma história rica e variada de reformas e mudanças. O sistema tributário brasileiro é conhecido por sua complexidade, e as reformas continuam sendo debatidas para aprimorar a eficiência e a justiça fiscal no país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do Tributo no Brasil**. V.1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO, P. D. B. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2019. p./735.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2017. p./129.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo/SP: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1996. P./335.

LINCK, Júlio César. **A evolução histórica do direito tributário e do pensamento tributário**. Revista da FESDT, Porto Alegre, n° 4, p. 87-102, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2019. p./875.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária Interpretada**. 23ª ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2016.

OLIVEIRA, Amanda Marcenaro. **O Estado Social e a Evolução dos Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras**. Jusbrasil, 2023. Disponível em : <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-estado-social-e-a-evolucao-dos-direitos-sociais-nas-constituicoes-brasileiras/378045784> . Acesso em 08 nov. 2023.

## **ANÁLISE DO PARADIGMA DO ACTO DE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO NA ESTRUTURA MACRO ADMINISTRATIVA ANGOLANA.**

**WILSON CARLOS MUCAPOLA:** Chefe do Serviço Provincial da Provedoria de Justiça da Lunda-Norte. Mestrando em Ciências Jurídico Políticas pela FDUAN; Docente de Direito Administrativo na FDUAN.<sup>75</sup>

**Resumo:** Os tempos actuais são fulcrais na esfera da Administração Pública. Esse tipo de fenómeno é característico das situações de transição de paradigmas teóricos ou de sabotagem de personalidade a quando da cessação de funções no comando das instituições públicas. Pretendo, por meio desta investigação, abordar entre os cargos em comissão, vulgarmente conhecida por nomeação e a cessação de funções que designamos por exoneração, algo que considero necessário para que o projecto de implantação das Funções Comissionadas do Poder Público, não se transforme em algo inócuo. A presente investigação pretende focar-se na problemática da cessação das funções ou exonerações, por parecer-nos ainda difícil de ser aceite e compreender no seio da sociedade, sobretudo pela forma como elas são anunciadas ou comunicadas na estrutura macro administrativa angolana, dando ênfase de sinais de sabotagem de imagem, do técnico que cessa as funções.

**Palavras Chave:** Nomeação, Exoneração, Comissão, Serviço e Conveniência.

**Abstract:** Current times are crucial in the sphere of public administration, This type of fenómenos is characteristic of situations of transition from theoretical paradigms or of personality sabotagem upon the cessation of functions in charge of public instituions. I intend, through this investigation, to address between the positions in commission, commonly known as appointment and the cessation of functions that we designate as exoneration, something that i consider necessary so that the project of implanttton of the commissioned functions of the public power does not become something innocucous. The presente investigation intends to focus on the issue of termination of funcions of dismissals as they still seem difficult to be accepted and understood within society, specially due to the Angolan macro-administrative structure, emphasizing signs of imagem sabotagem, of the technician who ceases his functions.

**Key Words:** Appointment, Exoneration, Commission, Servisse, convenience

---

<sup>75</sup> E-mail: [wilsonmucapola@gmail.com](mailto:wilsonmucapola@gmail.com)



## Introdução

O nosso estudo versa sobre a comissão de serviço nos cargos da Administração Pública, com especial relevo quanto à problemática dos efeitos da cessação. Com este trabalho iremos analisar um tema que já não é novo, mas que sempre levantou diversas questões controversas tanto na doutrina como na jurisprudência, pelo que nos propomos, por um lado, a fazer um levantamento das principais divergências e do pouco ou nada do que já foi escrito a esse respeito, e posteriormente tentar encontrar as soluções mais adequadas à nossa estrutura macro administrativa.

Assim, vamos começar por fazer uma breve caracterização do objecto da comissão de serviço e posteriormente o nosso estudo vai dividir-se em duas vertentes principais. Uma primeira sobre a natureza jurídica da relação de Administração para assim concluir pela admissibilidade ou não da comissão de serviço quanto a estes cargos. E uma segunda vertente relacionada com a cessação da comissão de serviço, com todas as divergências inerentes a ela.

A comissão de serviço ou a nomeação é uma figura que assegura não só eficazmente a necessidade de certos cargos serem exercidos por limitados períodos de tempo e em que haja uma especial relação de confiança interpessoal, como permite que simultaneamente o mesmo cargo cesse a todo o tempo, por simples manifestação de vontade de qualquer das partes, sobretudo pela vontade da entidade hierarquicamente superior ou por caducidade da vigência que perduraria o acto de nomeação.

Por ser uma figura com um regime tão específico, nomeadamente no que respeita à cessação, nem sempre é fácil de harmonizá-la com outros regimes e até mesmo com os princípios constitucionalmente protegidos. Assim, iremos debruçar-nos sobre um dos problemas que mais divergência tem causado, tanto a nível doutrinal como jurisprudencial, e que se prende com a comissão de serviço exercida na administração pública e a sua respectiva cessação.

A Comissão de Serviço é assim um instrumento contratual que permite a ocupação através de nomeações transitórias, de duração limitada, de um cargo que correspondem a necessidades permanentes da organização administrativa, configurando por isso uma forma especial de contratação laboral, baseada numa relação de confiança pessoal entre a instituição e funcionário, com carácter fiduciário do vínculo.

A Comissão de Serviço veio dessa forma alargar o leque de relações jurídicas às regras da transitoriedade da função e da reversibilidade do título profissional, porque o exercício de determinadas funções só se mantém enquanto perdurar a relação de confiança que as caracteriza.

O acto de nomeação permite a posterior pôr termo ao vínculo da comissão de serviço independentemente de justa causa e a irreversibilidade da carreira profissional; e por outro, satisfazer as especiais exigências de confiança que determinados cargos exigem. Na verdade, esta figura permite assim escapar à aplicação do princípio da irreversibilidade da carreira profissional e à proibição de baixa de categoria que aquele impõe.<sup>76</sup>

## **1. Constituição da Relação Jurídica Laboral na Função Pública**

A relação jurídica laboral na função pública constitui-se com base em acto de nomeação ou através de controlo de trabalho público<sup>77</sup>. Este contrato oriundo do acto de nomeação é celebrado a termo certo e tem lugar apenas para o preenchimento de vagas respeitantes a funções transitórias, quando não possa ser assegurada pelo pessoal do quadro definitivo.

## **2. Constituição por Designação ou Nomeação**

A investidura administrativa por nomeação ou designação dá-se por meio de um acto administrativo (acto unilateral da administração pública), através do qual se preenche um lugar do quadro, e visa assegurar, de modo profissionalizado, o exercício de funções próprias do serviço público com carácter de permanência.<sup>78</sup>

Noutra definição, pode dizer-se que a nomeação é o acto administrativo que provê um individuo na qualidade agente, ficando, no entanto, a investidura nas funções dependente da posterior aceitação do nomeado.<sup>79</sup>,

Nesse sentido, a nomeação constitui a forma de provimento por excelência dos funcionários públicos.<sup>80</sup> E titula a relação jurídica de emprego público que envolve o exercício, a título principal e regular de funções de soberania e/ou funções de autoridade pública.<sup>81</sup>

---

76 DUARTE, De Assunção Madaleno Joana, *A comissão de serviço nos cargos de administração e a problemática da cessação*, Lisboa. 2016. p. 8

77 Nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 26/22 de 22 de Agosto, LBFP

78 PACA, Cremildo, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, AAFDLB Editora. Lisboa, 2020. p. 141

79 TEXEIRA, Carlos, *Manual de Direito Administrativo*, Luanda: Mayamba, 2015, p. 202

80 Vide ECONGO, Domingos de Alegria, *O Processo Disciplinar...*, idem p.27.

81 NEVES, Ana Fernandes, *O Direito da Função...*, idem, p. 442.

A nomeação pode ser por tempo indeterminado<sup>82</sup> (nomeadamente na carreira técnica), ou por tempo determinado, a chamada comissão de serviço<sup>83</sup>, por exemplo: Os cargos políticos, cargos de direcção e cargos de chefia. Visitando a doutrina brasileira, diga que “a nomeação pode dar-se em carácter efectivo ou em comissão, para cargos de confiança, esta última não exigindo concurso público, podendo tanto recair sobre quem já seja integrante da Administração Pública ou sobre qualquer pessoa sem qualquer vínculo anterior com a Administração”.<sup>84</sup>

A nomeação depende da aceitação do nomeado. E, atente-se, sendo um acto administrativo, e, por conseguinte, de natureza unilateral, a nomeação existe independentemente da aceitação do nomeado, que não é requisitado de constituição do acto, mas sim de eficácia.

É, ainda merecedora de realce a nota segundo a qual a eficácia da nomeação depende da conjugação de vontades, por um lado, que nomeia, e, por outro lado, do nomeado, que se caracteriza através da posse que é o acto público, pessoal e solene, pelo qual o individuo é investido no lugar ou no cargo em que haja sido provido, tendo iniciado juridicamente o exercício das respectivas funções.<sup>85</sup>

A posse representa assim, o início jurídico do exercício das funções, sendo a partir dela que a lei manda contar o tempo de serviço do funcionário.<sup>86</sup>

Assim, o acto administrativo de nomeação unilateral não impõe nenhum ónus ao nomeado quanto à sua aceitação. Mas no âmbito dos estudos feitos da doutrina brasileira, o nomeado adquire, desde logo, um direito subjectivo, para que este formalize o seu vínculo com Administração, por meio da posse.<sup>87</sup>

Em Angola, em casos muito raros, o individuo indiciado para uma tomada de posse e ganha algum ónus, com excepção do és secretario do Estado na era do Ministro Pitra

---

<sup>82</sup> *idem*

<sup>83</sup> *Vide* o artigo 7.º do Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho

<sup>84</sup> ALEXANDRO, Marcelo/PAULO, Vicente, *Direito Administrativo...*, *idem*, p.221.

<sup>85</sup> PACA, Cremildo, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, AAFDLB Editora. Lisboa, 2020. p. 142

<sup>86</sup> TEXEIRA, Carlos, *Manual de Direito...*, *idem*, pp. 212-213.

<sup>87</sup> TEXEIRA, Carlos, *Manual de Direito...*, *idem*, pp. 212-213.

Neto, que alegou não ter sido consultado. A aceitação do acto de nomeação, pressupõe desde logo o entendimento de que se aceita tacitamente a tomada de posse.

Esta é também a orientação perfilhada pelo legislador angolano.<sup>88</sup> Porquanto a entidade competente para conferir posse ou para assinar o termo de aceitação por parte do nomeado implica a renúncia ao direito ao de ocupação do lugar. Isto mostra claramente que, em relação a entidade que nomeia, recai um dever jurídico (de conferir posse ou assinar o termo de aceitação), sendo que a violação desse dever dá lugar à responsabilização.

Da parte do nomeado, trata-se, na verdade, de um verdadeiro direito subjectivo, podendo livremente dispor dele. De resto, é com aceitação que tem lugar o início de funções para os devidos efeitos, designadamente abono de remuneração e contagem de tempo de serviço.<sup>89</sup> Nos casos de primeira nomeação ou de nomeação para cargos de direcção e chefia, a aceitação reveste a forma de posse, que para todos os efeitos é um acto público, pessoal e solene, no qual o nomeado manifesta a vontade de aceitar a nomeação.

Importa ainda frisar que, a aceitação materializa-se com o acto de posse, sendo devido que o funcionário preste compromisso de honra, nos termos do qual assume, com solenidade, que cumprirá os deveres para si, decorrem da relação jurídica. Se este recusar aceitar a nomeação renuncia ao correspondente emprego e importa a possibilidade de ser nomeado um outro individuo.<sup>90</sup>

Tratando-se de entidades nomeadas pelo Presidente da República, a nomeação para o cargo executivo só produz efeitos com a tomada de posse, sendo somente investido nesse acto, ao abrigo das disposições combinadas dos artigos 1.º e 2.º do Decreto Presidencial n.º 183/10, de 25 de Agosto, sobre a tomada de posse e juramento de entidades nomeadas pelo Presidente da República.

Ainda em relação às entidades nomeadas pelo Presidente da República<sup>91</sup>, a posse pode ser anulada sempre que cheguem ao conhecimento do Presidente da República factos graves que o levem a desinteressar-se dos serviços a prestar pelo individuo a

---

88 Segundo o artigo 13.º do Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho.

89 Segundo o n.º 1 do já citado artigo, do Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho.

90 NEVES, Ana Fernandes, *o Direito da Função...*, *idem*, pp. 445-446.

91 Como decorre do artigo 7.º do Decreto Presidencial n.º 183/10, de 25 de Agosto.

empossar. No entanto, este procedimento de anulação da posse deve ser justificado em despacho fundamentado, que deve ser notificado ao interessado.

A comunicação aos interessados ou as pessoas cujos direitos ou interesses legalmente possam ser lesados pelos actos a praticar no procedimento, por qualquer entidade pública que seja, gozam de direitos de ser informado pelo órgão da Administração.<sup>92</sup>

### **3. Nomeação em Comissão em Serviço**

A comissão de serviço é uma função desempenhada, por tempo determinado<sup>93</sup>, por funcionários dos quadros ou pessoas a eles estranhas. A comissão de serviço, implica o provimento e posse num lugar do quadro.<sup>94</sup> O funcionário conserva a sua categoria no quadro de origem e é pago pelo organismo onde exerce as funções, podendo o seu lugar ser provido interinamente.<sup>95</sup>

Excepcionalmente, quando se tratar de elementos estranhos a Administração Pública, a comissão de serviço pode ter base o contrato público, por força do acto de nomeação, caso o tempo de contrato se prolongue por período superior a 5 anos, e pode o contrato ser titular da categoria que ocupa.<sup>96</sup>

### **4. Quadro Temporário**

O quadro temporário integra o pessoal nomeado em comissão de serviço para exercer cargos de consultoria ou de apoio administrativo, de confiança pessoal e político.<sup>97</sup>

A Comissão de Serviço é assim um instrumento contratual que permite a ocupação através de nomeações transitórias, de duração limitada, de postos de trabalho que correspondem a necessidades permanentes da empresa, configurando por isso uma forma

---

<sup>92</sup> Nos termos dos artigos 93.º e 94.º da lei 31/22 de 30 de Agosto, aprova o CPA.

<sup>93</sup> Nos termos do artigo 8.º do Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho

<sup>94</sup> Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho..., idem.

<sup>95</sup> Ibidem

<sup>96</sup> A luz do n.º 4 do artigo 8.º do Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho

<sup>97</sup> Nos termos do artigo 49.º da lei n.º 26/22 de 22 de Agosto, LBFP.

especial de contratação laboral, baseada numa relação de confiança pessoal entre empregador e trabalhador, com carácter fiduciário do vínculo.

A Comissão de Serviço veio dessa forma alargar o leque de relações jurídicas às regras da transitoriedade da função e da reversibilidade do título profissional, porque o exercício de determinadas funções só se mantém enquanto perdurar a relação de confiança que as caracteriza.

## **5. Cessação de Funções dos Titulares dos Órgãos, Agentes e Funcionários das Pessoas Colectivas Públicas (Estado Administração, Institutos públicos, Empresas Públicas etc.)**

O que é a exoneração de cargo? A pergunta o que é a exoneração pode tomar contornos bastante amplos. Isso porque, em sentido amplo (*lato sensu*), podemos considerar essa exoneração, como uma forma de vacância. Isto é, uma hipótese em que o servidor desocupa o seu cargo, tornando-o possível de ser preenchido por outra pessoa.

A vacância pode acarretar rompimento definitivo do vínculo jurídico entre o servidor e administração, como ocorre na hipótese demissão e falecimento, ou pode simplesmente alterar esse vínculo ou fazer surgir um novo como ocorre nas hipóteses de promoção readaptação aposentadoria.

## **6. Os titulares dos órgãos, os agentes e os funcionários das pessoas colectivas públicas cessam as funções quando ocorram as seguintes situações de extinção da relação jurídica de emprego:<sup>98</sup>**

- a) Morte do Titular, agente ou funcionário;*
- b) Aplicação de medida disciplinar de demissão;*
- c) Desvinculação de serviço do serviço para efeitos de aposentação;*
- d) Acordo mútuo entre o interessado e a Administração Pública em pôr termo ao vínculo;*
- e) Exoneração, por iniciativa da Administração Pública ou do titular do órgão, agente ou funcionário.

---

<sup>98</sup> Tal como dispõe o artigo 31.º do Decreto n.º25/91, de 29 de Junho.



Para os agentes e funcionários vinculados à Administração Pública por meio de contrato administrativo, a relação jurídica de emprego público cessa por:<sup>99</sup>

- a) *Realização do seu objecto;*
- b) *Denúncia de qualquer das partes;*
- c) *Rescisão por qualquer das partes.*

De resto, para o pessoal pertencente ao quadro temporário, que são aqueles nomeados em comissão de serviço para exercer cargos de assessoria técnica ou apoio administrativo, de confiança pessoal e política, nos gabinetes dos membros do executivo ou equiparados, a cessação das funções destes últimos determina, automaticamente, a cessação das funções daqueles, podendo<sup>100</sup> verificar-se as seguintes situações:

- a) *O regresso ao lugar do quadro de origem para o pessoal pertencente ao quadro definitivo da Administração Pública;*
- b) *A cessão imediata do vínculo com a função pública, tratando-se do pessoal recrutado fora da Administração Pública.*<sup>101</sup>

## **7. A Problemática da Cessação da Comissão de Serviço**

Verificado o âmbito de aplicação da comissão de serviço em cargos ou funções na administração pública, cumpre agora analisar outro dos regimes mais problemáticos da comissão de serviço que é a problemática da cessação.

A cessação da comissão de serviço é uma das especificidades mais marcantes deste regime. A grande diferenciação reside precisamente no facto de que é permitido a ambas as partes denunciar livremente a vinculação celebrada sob aquele regime.

Assim, vínculo laboral para a prestação de trabalho em regime de comissão de serviço, pode ser feito cessar por qualquer das partes sem necessidade de invocação de justa causa, mediante comunicação escrita à outra parte, encontrando-se apenas sujeita à comunicação para efeitos de aviso prévio. Não obstante a cessação da comissão de serviço

---

<sup>99</sup> Nos termos do artigo 8.º do Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho

<sup>100</sup> Ao abrigo do artigo 8.º do Decreto Presidencial n.º 104/11, de 23 de Maio.

<sup>101</sup> Nos termos da LBFP..., n.º 4 do artigo 49.º

estar dependente de aviso prévio, o seu incumprimento não gera invalidade ou ineficácia da renúncia irregularmente declarada.

Fazendo aqui uma breve análise daquilo que temos estado a acompanhar ao nível da nossa estrutura macro administrativa, o acto de cessação ou de exoneração parecer-nos ainda difícil de ser aceite e compreender no seio da sociedade angolana, sobretudo pela forma como as tais exonerações são anunciadas ou comunicadas, dando ênfase de sinais de sabotagem da imagem do técnico que cessa as funções.

Dando mesmo a ideia de que aquele individuo é incompetente ou esta indiciado numa ilicitude fruto do exercício das funções ora desempenhadas. As entidades públicas ao praticar o acto de exoneração, devem ter a coragem nalguns casos de convidar o individuo a exonerar, para colocar o seu lugar ou cargo a disposição, para salvaguarda da sua idoneidade profissional, e este por sua vez deve aceitar, tal convite.

Em nosso entender, parece-nos ainda ser um grande desafio chegarmos a este pormenor no seio da nossa administração, pelo facto da entidade hierárquica com competência para nomear, e exonerar, querer a todo custo, exercer o seu poder de forma musculada, e o individuo sujeito ao regime da exoneração, não ter a coragem de auto demitir-se ou colocar o lugar a disposição.

## **8. Efeitos da Cessação na comissão de Serviço**

A comissão de serviço é a modalidade em que o órgão da administração recorre aos funcionários ou indivíduos estranhos administração pública, para o desempenho de funções de especial confiança.

Havendo cessação da comissão de serviço o funcionário ou individuo recrutado por força do acto da comissão de serviço, este regressará às funções que desempenhava antes do início da comissão de serviço, mantendo o direito a todas as vantagens que teria adquirido caso se tivesse mantido nessa categoria, nomeadamente promoções automáticas e aumentos salariais, ou seja, a antiguidade deste trabalhador continuou a contar-se durante o período de exercício da comissão.

## **9. Direito<sup>102</sup>**

Aos titulares de cargo e chefia são assegurados os seguintes direitos:

*a) Direito a promoção na carreira;*

---

<sup>102</sup> Nos termos da LBFP..., artigo 52.º

b) *Direito a remuneração específica;*

c) *Outros direitos fixados para os funcionários públicos.*

Os titulares de direcção e chefia que não sejam do quadro de pessoal, non exercício das suas funções, podem participar em concurso público de ingresso externo, devendo para o efeito informar previamente o respectivo superior hierárquico

## **10. Direito a Promoção na Carreira**<sup>103</sup>

O tempo de serviço prestado em cargo de direcção e de chefia ou em comissão de serviço em órgãos de soberania, conta para todos os efeitos legais, designadamente para o acesso nas carreiras em que cada funcionário se encontra integrado. Os funcionários nomeados para cargo de direcção e de chefia têm direito, finda a comissão de serviço:

Ao provimento em categoria superior a que possuíam a data de nomeação para o cargo de direcção e de chefia, a atribuir em função de números de anos de exercício continuado nestas funções agrupados de harmonia com os módulos de promoção na carreira.

## **11. Modificação da Relação Jurídica de Emprego Público**<sup>104</sup>

Constituída a relação de emprego público, esta pode ser objecto de modificação. Neste sentido, fala-se de mobilidade de pessoal na função pública.

A este respeito, a relação jurídica de emprego constituída por acto de nomeação pode ser, a qualquer momento e sem prejuízo das situações funcionais de origem, transitoriamente modificada, através do destacamento, interinidade, substituição, transferência, permuta e acumulação de funções.<sup>105</sup>

A norma que regula esta matéria, impõe desde logo, o devido recorte técnico. Em primeiro lugar, deve delimitar-se o tipo de nomeação por tempo indeterminado, e não da nomeação em comissão de serviço, porquanto esta pode recair a pessoas estranhas ao quadro. Estas pessoas podem ser chamadas por exemplo, e nos termos a serem

---

<sup>103</sup> LBFP..., *idem*, artigo 54.º

<sup>104</sup> Nos termos do artigo 19.º da LBFP..., *idem*

<sup>105</sup> PACA, Cremildo, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, AAFDLB Editora. Lisboa, 2020. p. 145

aboradas para efeitos de interinidade, constituindo-se, assim, a relação jurídica de emprego, e não a sua modificação.<sup>106</sup>

Outrossim, o termo nomeação delimita o grupo de pessoas cuja a relação jurídica de emprego pode ser modificada. Fica arredada, desde logo, qualquer possibilidade legal de se proceder à modificação da relação jurídica de emprego público do pessoal em regime de contrato administrativo de provimento, pois estes estão em período probatório, e o instrumento legal que os vincula à Administração Pública não é a nomeação, mas sim o contrato.

Na Administração Pública, tem sido recorrente a transferência e o destacamento de agentes administrativos vinculados pelo contrato administrativo de provimento e em provimento provisório.

Embora ao abrigo da actual LBFP, os concorrentes positivamente avaliados e que preencham as vagas nos concursos públicos de ingresso são nomeados positivamente para um período de um ano, para posteriormente exercerem funções no quadro definitivo.<sup>107</sup> Pes embora seja possível, ao nível do Sistema Integrado de Gestão Financeira do Estado (SIGF) do Ministério das Finanças, essa prática não guarita a nível da legislação aplicável à matéria.

## **12. Modificação Por Destacamento**<sup>108</sup>

O destacamento é uma das formas de modificação da relação jurídica de emprego público, consubstanciada na efectação do funcionário a uma tarefa específica. Podendo esta ter lugar tanto dentro como fora do aparelho do Estado (Administração Pública ou outra pessoa colectiva de direito público), por um período não superior de três anos, sendo prorrogável por uma única vez, por razões ponderadas de serviço.

O funcionário destacado conserva, durante o período ordinário a sua situação no organismo de origem, sem prejuízo de o seu lugar ser provido interinamente<sup>109</sup>, convém ressaltar que a conservação do lugar não implica que o domicílio salarial permaneça no

---

<sup>106</sup> Idem

<sup>107</sup> Ao abrigo do artigo 10.º n.º 3 da LBFP.

<sup>108</sup> LBFP..., Idem. Artigo 20.º

<sup>109</sup> PACA, Cremildo, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, AAFDLB Editora. Lisboa, 2020. p. 146

quadro de origem, pelo que deve o mesmo ser processado no organismo em que o funcionário está destacado.

Uma interpretação diferente seria contrária ao espírito da própria figura do destacamento, pois não se pode admitir a situação em que, por exemplo um determinado funcionário tenha sido seus salários a ser pagos pelo Estado. Decorrido o prazo de destacamento, o funcionário regressa ao quadro de origem.<sup>110</sup>

### **13. Modificação Por Interinidade<sup>111</sup>**

A interinidade consiste na designação temporária e provisória, de um funcionário para o exercício de uma função, cujo o titular se encontra ausente ou impedido por motivo de serviço, saúde, formação ou por situação familiar devidamente justificada, por um prazo não superior a seis meses, ela possui um carácter precário e provisório.

O funcionário provido interinamente tem o direito de utilizar, na sua plenitude, as regalias inerentes a função durante o tempo em que for desempenhar as funções. Findo o prazo estabelecido é declarado vago, e preenchido pelo funcionário interino desde que reúna os requisitos exigidos para o efeito.

Em regra, a interinidade só pode recair em regra, aos funcionários com provimento definitivo. O acto de proceder a interinidade é da competência do titular do órgão, organismo ou serviço com competência para nomear.

### **14. Modificação Por Substituição<sup>112</sup>**

A substituição consiste na designação temporária, por um período não superior a seis meses, de um funcionário para o exercício de um cargo vago, por impedimento temporário do titular, devendo, no entanto, o substituto ser titular de uma categoria automática inferior, sendo a do substituído imediatamente superior.

---

<sup>110</sup> Nos termos do n.º 5 artigo 20.º LBFP

<sup>111</sup> Vide o artigo 22.º da LBFP

<sup>112</sup> Ao abrigo do artigo 23.º da LBFP.

Em regra, a substituição só pode ser exercida por funcionários do quadro dos serviços, com exceção dos lugares de direção e chefia, sendo ordenado por simples despacho da entidade com competência para tal.<sup>113</sup>

## **15. Modificação Por Transferência<sup>114</sup>**

Designa-se por transferência a nomeação de um funcionário, sem aprovação em concurso público, para um lugar vago no quadro de outro serviço ou organismo da mesma categoria e carreira, ou de carreira, ou de carreira diferente, desde que, neste caso, se verifique a identidade ou afinidade de funções e idênticas habilitações. O processo de transferência pode ser despoletado pelo funcionário interessado ou por conveniência da Administração Pública, contando que, neste caso, haja a devida fundamentação e acordo do interessado.

## **16. Modificação Por Permuta<sup>115</sup>**

A permuta como a própria palavra diz, é uma forma de modificação da relação jurídica de emprego público, consubstanciada na troca recíproca e simultânea de funcionário pertencentes a quadro de pessoal de serviços ou organismos diferentes, mas a mesma categoria e carreira, sendo despoletada por requerimento dos interessados ou por iniciativa da Administração Pública, com o seu acordo.

A permuta pode ainda ter lugar entre funcionários de carreiras diferentes, desde que se verifiquem, cumulativamente, os seguintes requisitos<sup>116</sup>

- a) *Que as respectivas funções sejam idênticas ou afins;*
- b) *E que tenham as mesmas habilitações.*

## **17. Modificação Por Acumulação de Funções<sup>117</sup>**

---

<sup>113</sup> PACA, Cremildo, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, AAFDLB Editora. Lisboa, 2020. p. 147

<sup>114</sup> Vide o artigo 24.º da LBFP

<sup>115</sup> Vide o artigo 25.º da LBFP

<sup>116</sup> Vide o n.º 3 da LBFP ...,idem.



A cumulação de funções tem lugar quando um mesmo funcionário exerce em simultâneo e por um período não superior a três meses, se razões ponderosas justificarem, duas funções, em desobediência da ausência ou não provimento do titular de uma delas. Decorrido o prazo dos três meses, o funcionário cessa automaticamente a acumulação de funções.

## **18. Exoneração e Demissão na Administração Pública**

Existe uma ampla confusão nos meios de comunicação e no seio dos cidadãos em geral especializada sobre os institutos jurídicos de demissão e exoneração no Direito Administrativo, principalmente, desde a formação de uma agenda institucional de reforma na Administração Pública. Embora apresentem algumas características de similitude, estes institutos jurídicos são claramente diferentes quanto aos efeitos da dispensa de função na Administração Pública, motivo pelo qual se faz necessário uma clara distinção de suas definições legais de empregos correntes.

Numa primeira intenção, ou no primeiro plano, a exoneração é caracterizada como acto administrativo de natureza não punitiva, cuja dispensa repercute no encerrando vínculo funcional e, portanto, no desligamento do servidor em relação às suas actividades em cargos efectivos ou em comissão na Administração Pública, conforme já afloramos anteriormente.

A forma de dispensa do servidor público prevista pelo uso da exoneração não se caracteriza como penalidade de natureza disciplinar, razão pela qual o vínculo funcional é quebrado no presente sem criar efeitos assincrônicos de impedimento para a investidura em novo cargo público no futuro.

Pés embora a nossa sociedade, criou uma falsa sensação em sede da estrutura administrativa, de que o indivíduo exonerado é incompetente ou poderá estar a contas com a justiça, talvez tal pensamento deve-se pelo facto do poder executivo, levar a cabo o combate a corrupção, acabou por criar um certo sentimento de instabilidade no seio dos funcionários públicos, ou talvez da falta de cultura de colocar o cargo a disposição.

A exoneração pode acontecer em situações de pedido (voluntário do próprio servidor) ou de ofício do órgão competente caso este não corresponde as expectativas, pela qual foi nomeado. Conforme Santos (2005), a exoneração é uma forma de extinção da relação funcional por acto voluntário do servidor ou por conveniência administrativa mediante o despacho ou ofício, sem qualquer cunho punitivo, haja vista que nas situações

em que houver caracterização de infração dos deveres funcionais, devem ocorrer penalidades disciplinares.<sup>118</sup>

## 19. Demissão

Ao passo que, o uso do instituto jurídico da demissão na Administração Pública se caracteriza, portanto, como uma dispensa em situações em que existe infração funcional, cuja natureza de penalização disciplinar pode repercutir assincronicamente, tanto, no presente, quanto, no futuro, podendo ocorrer eventual impedimento a investidura em novo cargo público.

## 20. A pena de demissão<sup>119</sup> será aplicável aos funcionários:

- a) Que revelem impossibilidade de adaptação às exigências do serviço, espírito de oposição aos princípios fundamentais da constituição ou revele falta de cooperação na realização dos fins superiores do Estado;
- b) Que utilizarem para fins impróprios dinheiros públicos;
- c) Que revelem incompetência profissional, grave ou reiterado incumprimento de leis, regulamentos, despachos e instruções superiores;
- d) Que negligenciem a missão que lhes tiver sido confiada em país estrangeiro ou não regressem logo após o cumprimento da missão;
- e) Que não se mantenham no exercício das suas funções ainda que hajam renunciado ao seu cargo, enquanto o seu pedido não seja decidido.

## Conclusão

A Comissão de Serviço enquanto figura que permite a flexibilização do regime laboral consegue, a nosso ver, corresponder com o duplo compromisso que combina o exercício de funções onde é necessária uma especial relação de confiança para o desempenho de certos cargos estratégicos na administração pública, e a fácil desvinculação quando cessa esse elemento essencial.

Assim e no que concerne em concreto aos cargos de administração exercidos em comissão de serviço, somos da opinião de que este Instituto, à partida, poderá não ter sido

---

<sup>118</sup> Idem

<sup>119</sup> Ao abrigo dos artigos 10.º e 16.º do Decreto Lei 33/91 de 26 de junho

estruturado de modo a ser articulado nas situações em que o indivíduo é exonerado, por mera conveniência, e sua imagem fica exposta, como se de um incompetente se tratasse, ou como se de um indiciado num ilícito se tratasse, fruto da missão desempenhada, em muitas das vezes, com muita dedicação, zelo e profissionalismo.

Razão pela qual, a cessação de funções, não terá de ser motivada, tendo apenas de ser observado os princípios da não discriminação. Aliás, não se poderia entender de outra forma, uma vez que tal seria incompatível com a característica fundamental da especial relação de confiança e com o facto deste instituto estar enraizado na autonomia de quem detém o poder de nomear.

É óbvio que a solução ideal seria a protecção máxima dos funcionários ora exonerados não por incompetência, nem por acto ilícito, mas sim, por mera conveniência da comissão de serviço.

### **Bibliografia**

OTERO, Paulo, Manual de Direito Administrativo, Vol. I, Coimbra:Almedina, 2014.

JUSTO, A, Santos, Introdução ao Estudo do Direito, 6ª edição, Coimbra: Editora, 2012

CREMILDO, Paca, Administração Pública e Poder Executivo de Angola, Luanda, AAFDL, 2020.

AMARAL, D. Freitas, curso de direito administrativo, 3ªedição, vol I, Edições almedina, 2011.  
FEIJÓ, Ca Direito administrativo, Editora Mayamba,luanda, 2017.

FEIJÓ, C. Direito administrativo, Editora Mayamba, luanda, 2012, 5ªedição

Feijó, C. & Paca, C. (2007). Angola, Direito Administrativo – Introdução e Organização administrativa (2ª edição). Viseu.

ARAÚJO, Raúl; Rangel, Elisa. Constituição da República de Angola: Anotada. Luanda, 2014. Tomo I.

AMARAL, Freitas; FEIJÓ, Carlos. Direito Administrativo Angolano. Coimbra: Almedina, 2016.

ADOLFO, Filipe, o Domínio Útil Consuetudinário, Ed. Wa Editora 1ª Edição Luanda, 2021

FEIJÓ, Carlos; POULSON, Lazarino. A justiça Administrativa Angolana. Luanda: Casa das Ideias, 2008.

FEIJÓ, Carlos; PACA, Cremildo. Direito Administrativo. Luanda:Mayamba Editora, ed. 7<sup>a</sup> 2018

### **Legislação**

CRA, 2010;

Lei n.º 31/22 de 30 de Agosto, aprova o CPA;

Lei n.º 26/22 de 22 de Agosto LBFP;

Decreto n.º 25/91, de 29 de Junho;

Decreto Presidencial n.º 183/10, de 25 de Agosto;

Lei n.º 32/22 de 1 de Setembro, aprova o CPCA

## **ATIVISMO CONGRESSUAL NO EXERCÍCIO DA REVERSÃO LEGISLATIVA: LIMITES E PRERROGATIVAS DO CONGRESSO NACIONAL NA SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**IZABELA TÂNGARI COELHO:**  
bacharel em direito pela UFMG e  
analista judiciário do TST<sup>120</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal prevê que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade serão vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, excluindo o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica de legislar. Portanto, no desempenho da sua atividade legiferante, é legítimo ao Congresso Nacional discrepar de posicionamento anterior fixado pela Corte Suprema, por exemplo, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, imperioso reconhecer que a prerrogativa do Poder Legislativo de superar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, denominada reversão legislativa, não é ilimitada, sendo necessária a realização de análise da sua validade jurídico-constitucional. Assim, o Congresso Nacional deve buscar promover a evolução do conteúdo normativo, interpretando o texto constitucional de modo a adequá-lo à sua finalidade de integração social e a superar posições jurisprudenciais fundamentadas em ideais incompatíveis com os anseios da sociedade. E, no exercício deste mister, não obstante tenha a Constituição designado o Supremo Tribunal Federal como detentor da “última palavra”, a própria Corte reconhece não possuir a última palavra definitiva, mas tão somente provisória. Esse é o posicionamento defendido, também, pela teoria do diálogo institucional, isto é, independentemente de a qual instituição seja atribuída a última palavra, nada impede que a outra responda e o debate continue mediante o fornecimento mútuo de perspectivas distintas e argumentos complementares. A reversão legislativa, portanto, não é apenas admitida, mas necessária à adequação das normas constitucionais com a realidade socioeconômica e política, e, quando exercida dentro das limitações constitucionais, proporciona a ampliação da qualidade do debate a respeito dos direitos. Propõe-se o presente trabalho a analisar o ativismo congressual sob o ponto de vista da prerrogativa de reversão legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixada em sede de controle de constitucionalidade, no que tange à sua legitimidade e seus limites. Para tanto, será feito o estudo de casos concretos julgados pela Corte Suprema em que houve a tentativa do Congresso Nacional de reverter teses jurisprudenciais anteriormente fixadas.

---

120 E-mail: [belatangari@gmail.com](mailto:belatangari@gmail.com)

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo congressional; reversão legislativa; diálogo institucional.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal instituiu como uma de suas cláusulas pétreas a separação de Poderes (art. 60, §4<sup>a</sup>, III). Um dos assuntos mais debatidos nos dias atuais diz respeito à harmonização destes Poderes no exercício de suas funções, sejam típicas ou atípicas, em especial quando se trata da interpretação do texto constitucional. Os princípios que regem a hermenêutica constitucional buscam regular a atividade interpretativa sempre em conformidade com a unidade normativa da Carta Republicana e a harmonia entre seus princípios, o que deve ser observado por todos os poderes.

Em razão da aplicação do conhecido sistema de freios e contrapesos, as decisões do Supremo Tribunal Federal, não obstante vinculantes para a Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário, não obrigam o Poder Legislativo em sua função típica de legislar.

Assim, ainda que uma matéria tenha sido compreendida como contrária à Constituição Federal por meio da declaração de inconstitucionalidade de lei que sobre ela tratava, nada obstará que o Congresso Nacional edite nova lei ou emenda constitucional tratando exatamente sobre aquele assunto, sem violação à já mencionada separação de poderes, exercendo o que a doutrina chama de reversão legislativa da jurisprudência.

Nesse diálogo entre os poderes, em que o papel de um é exatamente fiscalizar o exercício das funções típicas do outro a fim de coibir abusos e arbitrariedades, deve-se observar a impossibilidade de excessos na atividade de controle.

Assim, embora o Congresso Nacional tenha legitimidade para o exercício da reversão legislativa, sua liberdade não é plena, isto é, não pode se distanciar dos ideais constitucionais e dos contextos político, social e econômico que embasaram a decisão da Suprema Corte. Isso porque, uma vez inalterados estes, a manifestação do Parlamento padecerá do mesmo vício já exposto pelo Supremo Tribunal Federal.

A finalidade deste trabalho é analisar o ativismo congressional sob o ponto de vista da prerrogativa de reversão legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixada em sede de controle de constitucionalidade, no que tange à sua legitimidade e seus limites. Para tanto, será feito o estudo de casos concretos julgados pela Corte Suprema em que houve a tentativa do Congresso Nacional de reverter teses jurisprudenciais anteriormente fixadas.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS



A Constituição Federal prevê em seu artigo 102, inciso I, alínea a), que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal.

Dispõe ainda, no parágrafo 2º do mesmo artigo, que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Previsão idêntica é a do artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999<sup>121</sup>, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o Supremo Tribunal Federal.

Analisando estes dispositivos constata-se que a obrigatoriedade das decisões da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade atinge a Administração Pública, entendida como o Poder Executivo, em suas funções típicas, bem como o Poder Judiciário, não incluindo o Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal, que pode alterar sua jurisprudência.

A vinculação atinge, ainda, o Poder Legislativo quando do exercício de funções meramente administrativas (atípicas). Lado outro, não se sujeita ao entendimento proferido pela Suprema Corte nas decisões de controle de constitucionalidade este mesmo poder quando age em sua função típica.

Sobre este tema posiciona-se Pedro Lenza<sup>122</sup>, no sentido de que

o efeito vinculante atinge somente o Judiciário e o Executivo, não se estendendo para o Legislativo no exercício de sua função típica de legislar (nem atingindo, conforme sugerimos, as funções atípicas normativas tanto do Judiciário como do Executivo, quando, por exemplo, o Presidente da República edita uma medida provisória).

---

<sup>121</sup> Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>122</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 374.

Nesta seara, verifica-se que caso fora o Poder Legislativo submetido aos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal ocorreria, nas palavras do Ministro Cezar Peluso, o inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição<sup>123</sup>.

Portanto, ao proferir uma decisão em sede de ADI ou ADC o Supremo Tribunal Federal estará instituindo um entendimento que necessariamente deverá ser observado pelos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário, porém não pelo Poder Legislativo na sua função legislativa típica.

### 3. REVERSÃO LEGISLATIVA

Neste contexto, em que é possível ao Congresso Nacional exercer suas funções típicas com independência em relação à posição fixada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, surge o fenômeno da reversão legislativa, também conhecida como reação legislativa<sup>124</sup> ou mutação constitucional pela via legislativa<sup>125</sup>.

O Poder Legislativo, assim como a Corte Suprema, possui legitimidade para interpretar a Constituição Federal, sendo um verdadeiro intérprete autêntico, uma vez que a interpretação é realizada pelo próprio órgão responsável pela edição da norma.

Assim, no exercício de sua função típica e aplicando os princípios da hermenêutica constitucional, o Congresso Nacional poderá editar uma lei ou emenda constitucional que vise a superar o entendimento já exarado pelo Supremo Tribunal Federal, sem que haja qualquer violação à separação dos poderes.

Esta possibilidade de o Poder Legislativo superar entendimento da Corte Suprema proferido anteriormente em sede de controle concentrado de constitucionalidade é considerado, por parcela da doutrina, como uma forma de ativismo congressional.

Nas palavras de Márcio André Lopes Cavalcante<sup>126</sup>:

A reação legislativa é uma forma de "ativismo congressional" com o

---

<sup>123</sup> *Ibidem*. p. 374.

<sup>124</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer O Direito*. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>. Acesso em 21 de julho de 2017.

<sup>125</sup> LENZA, Pedro, op. cit. p. 374.

<sup>126</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. op. cit.

objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do STF, estando, portanto, amparado no princípio da separação de poderes.

O ativismo congressional consiste na participação mais efetiva e intensa do Congresso Nacional nos assuntos constitucionais.

Assim, na reversão legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que o Congresso Nacional deve buscar é a alteração do entendimento da Corte para que se adeque a novos aspectos da realidade não observados no momento da decisão judicial, fomentando o desenvolvimento e a adequação do texto constitucional à sua finalidade de integração social.

Neste sentido, Pedro Lenza<sup>127</sup> afirma que o Poder Legislativo poderá

legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada essa atividade, de significar inegável petrificação da evolução social.

Isso porque o valor segurança jurídica, materializado com a ampliação dos efeitos *erga omnes* e *vinculante*, sacrificaria o valor justiça da decisão, já que impediria a constante atualização das Constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo.

Destarte, verifica-se que o Congresso Nacional poderá, no exercício de sua função típica, editar leis e emendas constitucionais ainda que contrárias às decisões do Supremo Tribunal Federal. Porém, há que se reconhecer, nesta competência congressional, as limitações comuns do processo legislativo.

Resumindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, Márcio André Lopes Cavalcante<sup>128</sup> aduz o seguinte:

No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada

---

<sup>127</sup> LENZA, Pedro. op. cit. p. 374/375.

<sup>128</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. op. cit.

inconstitucional se ofender uma cláusula pétreia ou o processo legislativo para edição de emendas.

No caso de reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima.

Assim, é possível concluir que, ainda que amplamente aceita e, inclusive, necessária, a reação legislativa possui limitações. Sendo ela exercida por meio de uma emenda constitucional, faz-se mister a observância das disposições do artigo 60 e parágrafos da Constituição Federal<sup>129</sup>. Em se tratando de lei, necessário respeitar as imposições do processo legislativo e ainda a exposição de motivos suficientes a demonstrarem que o precedente criado pela Corte Suprema naquela temática não mais deve prevalecer.

#### 4. COMPETÊNCIA PARA DAR A ÚLTIMA PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A tese de reversão legislativa traz à baila um debate recorrente no que tange a qual órgão teria a última palavra em se tratando da interpretação do texto constitucional. Noutros termos, deveria prevalecer a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou a nova lei ou emenda constitucional criada pelo Congresso Nacional?

Bernardo Gonçalves Fernandes, ao tratar sobre o tema, cita a doutrina de Conrado

---

129 Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Hübner Mendes, professor da USP, acerca dos diálogos institucionais<sup>130</sup>:

Segundo Conrado Hubner, “diálogo institucional” diz respeito a um modo de compreender, interpretar e aplicar o processo constitucional.

Nesse sentido, nós tradicionalmente acostumamos a trabalhar a separação de poderes como uma divisão de funções que leva, em último grau, na decisão de uma corte constitucional que atua como guardiã da constituição. Com isso, o circuito decisório, teria um ponto final, ou seja, uma última palavra. O autor defende a tese da ‘última palavra provisória’ como uma ruptura com essa perspectiva clássica.

Para o professor da USP, o debate teórico que se preocupa com a pergunta de quem deve ter a última palavra está preso a um código binário: a) alguns defendem que a última palavra deveria ser da corte (e as justificativas dessa posição variam); b) outros defendem que deveria ser do parlamento (a instituição democrática por excelência, conforme um certo consenso histórico que impregnou nossa forma de entender a democracia).

No mesmo sentido defendido pelo mencionado autor, o Ministro Luiz Fux, em seu voto de relatoria da ADI 5105/DF131, defende que

o nosso desenho institucional [...] outorga ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir a última palavra acerca do conteúdo da Carta Política. Deveras, enquanto “guardião da Constituição” (CRFB/88, art. 102, caput), à Suprema Corte é confiada a faculdade de invalidar, invocando o texto constitucional, qualquer lei ou ato normativo emanado das instâncias políticas majoritárias. Noutros termos, o Supremo detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito, máxime porque seus pronunciamentos não se sujeitam – repiso, por um viés formal – a qualquer controle

---

130 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1.601 apud HUBNER, Conrado Mendes. *Direitos Fundamentais; Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011

131 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>.

democrático. Em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes perfilhou similar entendimento, aduzindo que “(...) as Cortes Constitucionais estão inegavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão dos Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. In.: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor, 1998, p. 463).

[...] Sucede que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material) [...]

Por uma vertente descritiva, há diversos precedentes de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que per se desautorizariam a concepção de última palavra definitiva. Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressional, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.

Dessa forma, observa-se que, não obstante tenha o próprio ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a priori, designado o Supremo Tribunal Federal como detentor da “última palavra” na interpretação do texto da Carta Magna, a própria Corte Superior reconhece não possuir a última palavra definitiva, mas tão somente provisória.

É admitida e necessária à evolução do conteúdo do texto constitucional e à sua adequação com a realidade social e contextos econômico e político a reversão legislativa, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, em observância do sistema de freios e contrapesos, a análise da validade jurídico-constitucional de tais reversões.

## 5. ESTUDO DE CASOS

O Supremo Tribunal Federal já julgou casos de grande repercussão nos quais debateu a matéria ora em análise. Um deles é a já mencionada ADI 5105/DF, ajuizada pelo partido Solidariedade (SDD) contra os artigos 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que estabelecem limitações a legendas criadas após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados.



A aludida lei federal foi editada pelo Congresso Nacional no intuito de superar o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.430 e 4.795. Uma vez que a tentativa de reversão se deu por meio da edição de uma lei ordinária, esta nasceu com presunção de inconstitucionalidade, competindo ao Congresso Nacional comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou a decisão do Supremo Tribunal Federal no passado não mais subsistem, no exercício de verdadeira mutação constitucional pela via legislativa<sup>132</sup>.

Contudo, conforme entendeu a Corte Suprema, a exposição de motivos feita pelo Parlamento no momento de elaboração do projeto de lei não foi capaz de infirmar as teses jurídicas anteriormente fixadas pelo Tribunal e, portanto, se revelou inapta para legitimar a reversão da jurisprudência.

Naquela oportunidade, o Ministro Luiz Fux<sup>133</sup> asseverou, em seu voto de relatoria, que

não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional.

[...] Reitera-se ser possível, em tese, que o legislador ordinário, enquanto não atingido pelos efeitos vinculantes, proceda a correções jurisprudenciais, mas, precisamente porque em oposição ao posicionamento da Corte, nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade.

Outro exemplo mais recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal é o da ADI 4983/CE134, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei 15.299/2013,

<sup>132</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. op. cit.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105/DF Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>.

<sup>134</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4983, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. À decisão do STF pela procedência da ação, publicada no DJE no dia 27/04/2017, seguiu-se a edição da EC 96 pelo Congresso Nacional, em 07/06/2017, declarando a legalidade da prática.

A discussão que se iniciou em torno desta temática diz respeito ao conflito entre o princípio da proteção do meio ambiente lato sensu e o da liberdade das manifestações culturais e qual ponderação deve prevalecer, se a do Supremo Tribunal Federal na ADI 4983/CE ou do Congresso Nacional na EC 96/2017.

Para a Corte Suprema, naquele caso deveria prevalecer a norma constitucional exposta no inciso VII, §1º do artigo 225 da Constituição Federal que veda práticas que submetam os animais a crueldade. Isso porque a expressão “crueldade” constante de sua parte final foi entendida como englobante da tortura e dos maus-tratos sofridos pelos bovinos durante a prática da vaquejada, de modo a tornar intolerável esta conduta.

Assim, mesmo tendo reconhecido a importância da vaquejada como manifestação cultural regional, esse fator não seria hábil a tornar a atividade imune aos outros valores constitucionais, em especial à proteção ao meio ambiente. Eis a ementa do julgado:

**EMENTA: PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.** Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. **VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE.** A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.<sup>135</sup>

Já o Congresso Nacional, pouco mais de um mês depois da decisão do Supremo

---

135 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4983, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

Tribunal Federal, manifestou-se em posição diametralmente oposta, definindo na EC 96/2017, que acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, que dentro do conceito de “crueldade” previsto no inciso VII do §1º do mesmo artigo não se enquadram as práticas desportivas que utilizem animais e configurem manifestações culturais:

§7º: Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

É certo, como visto, que, em se tratando de reversão legislativa de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal por meio da edição de emendas constitucionais, a análise de sua validade jurídico-constitucional é diversa dos casos que envolvem lei ordinária.

Somente será possível a invalidação do ato legislativo do Congresso Nacional, nestes casos, nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no já mencionado artigo 60 e parágrafos da Constituição Federal.

Isso porque o Parlamento está a alterar o bloco de constitucionalidade no qual se baseou a Corte Suprema ao proferir a decisão em sede de ADI. Uma vez alterado o próprio parâmetro amparador da jurisprudência não há mais que se falar em necessidade de demonstração de superação da tese, pois não se trata mais de embasamento jurídico semelhante.

Não obstante, permanece um questionamento. Os princípios da proteção do meio ambiente e da liberdade das manifestações culturais continuam ambos presentes no texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal entendeu pela prevalência do primeiro no caso concreto, enquanto para o Congresso Nacional o segundo deve preponderar. Contudo, qual entendimento deve prevalecer?

A resposta deve ser encontrada na já mencionada teoria do diálogo institucional, a qual busca, por meio do embate entre as instituições, não o enfraquecimento destas, mas o fortalecimento recíproco e a concretização da democracia.

Independentemente de a qual instituição seja atribuída a última palavra na interpretação constitucional, Parlamento ou Corte Constitucional, por ser aquela provisória e precária não será terminativa, pelo contrário, configurará o início ou mesmo a continuidade de uma nova rodada de diálogos entre os Poderes, o que acaba por fomentar

a legitimidade democrática das instituições e das decisões por elas tomadas<sup>136</sup>.

Fato é que a proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal não deve ser realizada por apenas uma instituição. Uma postura adotada por qualquer delas deve ser interpretada como uma rodada procedimental em um debate interinstitucional amplo. Nas palavras conclusivas de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Do exposto, percebe-se que a valorização dos diálogos constitucionais pode se fundamentar na ampliação da qualidade do debate a respeito dos direitos que possivelmente propicia a existência de um sistema em que tais questões não restem por ser resolvidas em apenas uma instituição. Isso porque cada instituição, como é o caso da Corte e dos Parlamentos, possuem dinâmicas diversas de funcionamento, embora discutam efetivamente sobre as mesmas temáticas constitucionais, o que acarreta no surgimento de perspectivas distintas quando da interação requerida. Em razão disso, quando interagem por meio de um diálogo institucional (constitucional), possibilitam o fornecimento mútuo de perspectivas distintas quanto às mesmas questões, exemplificadas, na espécie, pelo debate a respeito de direitos. Podem, reciprocamente, clarear “pontos cegos” das instituições com as quais interagem. Justamente por isso, a defesa aqui é a de qualquer tipo de diálogo (tese dos diálogos em *sentido amplo*) “possa funcionar” como fomentador (possibilitador) da defesa e do desenvolvimento de direitos.

No caso específico da vaquejada, a possibilidade de integração e de continuidade do diálogo foi aberta em virtude do ajuizamento da ADI 5728 que questiona a Emenda Constitucional 96/2017 sob o argumento de violação da cláusula pétrea consubstanciada no direito fundamental de proteção aos animais.

Resta-nos aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal para saber se ele modificará seu entendimento anterior baseando-se nos argumentos adicionais fornecidos pelo Congresso Nacional ou se manterá seu posicionamento, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da EC 96/2017, dando ensejo a mais uma rodada de debates sobre o tema.

## 6.CONCLUSÃO

---

136 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. op. cit., p. 1.605.

Diante de todos os argumentos esposados acima, é possível concluir que a razão pela qual o texto constitucional não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade foi para manter aberta a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo.

É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição, seja do Judiciário ou do Legislativo, a atribuição de dar a última palavra definitiva ou, noutros termos, o direito de errar por último.

Cada um dos intérpretes da Constituição deve estar aberto à interação e ao debate, podendo e devendo refletir sobre as ponderações e argumentos suplementares apresentados pelos demais, bem como debatidos pela opinião pública, para que a tarefa de interpretação do texto constitucional seja sempre evolutiva e busque a integração social e a realização dos anseios da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o Direito*. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>. Acesso em 21 de julho de 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o Direito*. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da-7.html>. Acesso em 21 de julho de 2017.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Eduardo. *Site do Eduardo Gonçalves*. Disponível em <http://www.eduardogoncalves.com.br/2017/02/vaquejada-reacao-legislativa-ativismo.html>. Acesso em 21 de julho de 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.